

RIESGOS Y SEGUROS DE CAUCIÓN PARA GRANDES PROYECTOS*

RISK AND CAUTION INSURANCE FOR LARGE PROJECTS

*EBERHARD S. VON LÜCKEN G.***

Fecha de recepción: 19 de octubre de 2019

Fecha de aceptación 30 de noviembre 2019

Disponible en línea: 30 de diciembre de 2019

Para citar este artículo/To cite this article

Lücken G., Eberhard S., *Riesgos y seguros de caución para grandes proyectos*, 51 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 57-74 (2019). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris51.rysc>

doi:10.11144/Javeriana.ris51.rysc

* Sección Paraguaya de AIDA correlatoria en relación con el tema propuesto por El CILA en la XVI Congreso Ibero latinoamericano de Derecho de Seguros. Artículo de análisis y reflexión en torno a la conferencia dictada por el autor en carácter de correlatoria de la sección paraguaya de AIDA, en el XVI Congreso Ibero Latinoamericano sobre la ponencia chilena a cargo de los Abogados Francisco Artigas y Carlos Molina.

** Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA), Juez de Paz en lo Criminal de la Ciudad de Luque durante 5 años; Intendente de Asuntos Legales de la Superintendencia de Seguros del Banco Central del Paraguay con una antigüedad de 15 años. Gerente Administrativo de una compañía de Seguros durante 2 años. Ejercicio de la profesión en el ámbito del seguro; participación en diversas disertaciones, en Congresos de la AIDA-CILA, Viña del Mar Chile, Montevideo Uruguay y Lima Perú. Docente de la Carrera de Lic. en Seguros de la Universidad Comunera (UCOM), formador de Agentes de Seguros en el Centro de Educación Dirección Orientación y Cultura (CEDOC); Escuela de Administración de Negocios (EDAN) y Centro de Estudios Estratégicos (CEE). Contacto esvonlücken@hotmail.com; vonluckenseguros@gmail.com



RESUMEN

Cabe señalar que las normas imperativas emergen en tal sentido que, ellas tutelan a la parte más débil de la relación jurídica, en este caso el asegurado. En la legislación chilena las normas imperativas no perjudican ante el surgimiento de coberturas de seguros de caución en grandes proyectos. En Paraguay la imperatividad de las normas no se desplaza ante la figura de grandes proyectos por sí. Sin embargo hemos hecho notar que los jueces sin analizar la figura del imperativismo, incluso en pequeños o medianos proyectos, hacen valer los acuerdos de las partes en virtud a un principio sustentado por el Art. 715 del Código Civil que da el carácter de ley a los acuerdos entre las partes, sin embargo no observan en sus fallos que el Art. 669 del mismo cuerpo legal obliga a la observancia de las normas imperativas, norma concordante con el Art. 1692 que resguarda las normas imperativas en materia de seguros, las que solo podrán ser dejadas sin efecto o modificadas, en los casos en que este Código expresamente lo autorice. Ahora bien, para los casos de los Tratados Internacionales de Itaipú celebrados entre Paraguay y Brasil y el de Yacyretá celebrado entre Paraguay y Argentina, se manejan dentro de una figura sui generis que le otorga el estatuto jurídico de Organismo de Derecho Internacional Público, las que se manejan dentro del esquema de prelación por sobre otras normas.

Palabras clave: Seguros de caución, normas imperativas, grandes proyectos.

ABSTRACT

It should be noted that the peremptory norms emerge in this sense that they protect the weaker party of the legal relationship in this case the insured. In Chilean legislation, mandatory rules do not prejudice the emergence of suretyship insurance cover in large projects. In Paraguay, the imperatives of norms do not shift to the form of large projects per se. We have noted, however, that judges, without analysing the question of imperativism even in small or medium-sized projects, invoke the agreements of the parties in accordance with a principle underpinned by Art. 715 of the Civil Code that gives the character of law to the agreements between the parties, however they do not observe in their judgments that Art. Article 669 of the same Act requires compliance with peremptory norms, a rule consistent with Article 1692 which protects mandatory rules on insurance, which may only be repealed or amended where expressly authorised by this Code. However, in the case of the Itaipú International Treaties subscribed between Paraguay and Brazil and the Yacyretá Treaty signed between Paraguay and Argentina, are managed within a sui generis structure that gives it the legal status of Public International Law Organizations, which are traded within the priority scheme over other rules.

Keywords: suretyship insurance, mandatory rules, large projects.

SUMARIO

1. CONCEPTUALIZACIÓN GRANDES RIESGOS. 2. LAS NORMAS IMPERATIVAS Y SU RELACIÓN CON GRANDES PROYECTOS. 2.1. NORMAS IMPERATIVAS EN EL DERECHO DE SEGUROS DE PARAGUAY. 3. DEL OBJETO DE LA COBERTURA DEL SEGURO DE CAUCIÓN. DIFERENCIAS CON EL SEGURO DE CRÉDITO. 4. INSOLVENCIA VS. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES. 4.1. DE LA DETERMINACIÓN DEL SINIESTRO EN PARAGUAY. 5. INCUMPLIMIENTO DE UNAS OBLIGACIONES VS. INCUMPLIMIENTO DE OTRAS. 6. RIESGO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE HACER. 7. RIESGO DE INCUMPLIMIENTO DE DAR ALGO DIFERENTE DE DINERO. 8. PARTES DEL CONTRATO. 9. OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA PRIMA. 10. OBLIGACIONES DEL TOMADOR. 11. ¿ASUME OBLIGACIONES EL ASEGURADO? 12. OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO Y SUBROGACIÓN. 13. CAUCIÓN ACCESORIA VS. CAUCIÓN AUTÓNOMA. 13.1. EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO. 13.2. SEGURO DE CAUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO. 13.3. A PRIMER REQUERIMIENTO Y EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO. 14. DURACIÓN DEL CONTRATO. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONCEPTUALIZACIÓN GRANDES RIESGOS

Como lo señala el Dr. Francisco Artigas en su ponencia, el concepto de grandes proyectos podría definirse a partir de variables como el tamaño, el impacto social o la dificultad de ejecución de una obra, contrato u obligación.

En el ámbito de los seguros, también podríamos considerar como grandes proyectos aquellos que pudieran caer en el concepto general de “grandes riesgos”, aceptando, sí, que habría grandes riesgos que no consistirían necesariamente en grandes proyectos.

Entre ellas las de Crédito y caución cuando garanticen al tomador los riesgos de su propia actividad profesional industrial, comercial o liberal.

Si bien no contamos con parámetros para la definición de grandes riesgos en Paraguay, va de suyo que, al participar en Licitaciones Públicas para la cobertura de riesgos de contratos con el estado, en el mayor de los casos nos hallamos ante riesgos y proyectos de gran envergadura como construcción de rutas, (obras viales en general). Represas, acueductos, redes de alimentación eléctricas desde las represas Binacional de Itaipú Paraguay-Brasil y la de Yacyreta entre Paraguay y Argentina.

En este tipo de contratos los riesgos vienen definidos en los Pliegos de Bases y Condiciones (PBC), así como el cálculo de interés asegurable está en relación con el monto de las ofertas presentadas por los oferentes.

En Paraguay, los seguros de caución vienen predispuestos principalmente, en virtud de dos normas de carácter general que posibilita la cobertura a través de diversos tipos de garantías entre ellas la del Seguro de Caución (Ley N° 2051/03 de Contrataciones Públicas) y la del Código Aduanero (Ley N° 2.224).

2. LAS NORMAS IMPERATIVAS Y SU RELACIÓN CON GRANDES PROYECTOS

El análisis que arroja el estudio sobre las normas imperativas, realizadas por el Dr. Francisco Artigas destaca diversas legislaciones sobre contratos de seguros que definen los grandes riesgos a efectos de exceptuarlos en distintos grados sobre el carácter imperativo de sus normas.

Como es sabido las normas imperativas se erigen en beneficio de la parte más débil en la contratación de seguros, en este caso los asegurados en general.

Exceptuando de ellas a quienes la legislación considera por diversos motivos exceptuados de dicha protección o que no las requerirían.

2.1. Normas Imperativas en el Derecho de Seguros de Paraguay

El Art. 1692 del Código Civil Paraguayo, preceptúa cuanto sigue:

“Las normas sobre seguros sólo podrán ser dejadas sin efecto o modificadas por acuerdo de partes, en los casos en que este Código expresamente lo autorice”.

En principio en la norma paraguaya no existe la distinción o variable que se señala en el trabajo presentado por los ponentes de Chile, en cuanto que ante los grandes proyectos no empecen las normas imperativas. Cabe exceptuar los casos de Itaipú y Yacyretá.

Sin embargo, a pesar de la mencionada disposición, ya varias resoluciones judiciales han hecho valer los acuerdos al que han arribado las partes invocándose el Art. 715 del Código Civil Paraguayo que dice: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”.*

No obstante, fuera del marco jurídico del Art. 669 del C.C. que preceptúa: *“Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, “observando las normas imperativas de la ley”, y en particular, las contenidas en este Título y en lo relativo a los actos jurídicos”.* (entrecomillas y lo resaltado en negritas es nuestro)

Que, a esta opinión debe respetarse la disposición contenida en el Art. 1692, *“sin perjuicio de las normas de rango superior establecidas en Acuerdos Internacionales”*, por estar estas en prelación por sobre las leyes o normas de menor rango; como ser las que se han dictado para los casos los tratados internacionales para las obras hidroeléctricas de Yacyretá entre Paraguay y Argentina, así como las de Itaipú suscriptas por Paraguay y Brasil.

En efecto las Entidades Binacionales de Yacyreta e Itaipú se manejan dentro de la naturaleza jurídica de Organismos Internacionales de Derecho Público y por tanto se rigen por sus respectivos tratados.

La ponencia chilena señala: en los casos, de España y Chile, la excepción es general, sin distinción de sus diversas normas; contrariamente, por ejemplo, a la solución de Portugal, que señala taxativamente las normas de su ley cuya imperatividad general no es aplicable a los seguros de grandes riesgos (manteniendo así claridad sobre las normas de imperatividad “absoluta”, aplicable por tanto también –aunque con un par de excepciones– a los grandes riesgos).

3. DEL OBJETO DE LA COBERTURA DEL SEGURO DE CAUCIÓN. DIFERENCIA CON EL SEGURO DE CRÉDITO

En esta materia la ponencia del Dr. Francisco Artigas concuerda en que el seguro de caución es una garantía personal, tal como la fianza, en contraposición a las garantías reales (prenda, hipoteca).

Paraguay, no cuenta con una ley específica sobre seguro de caución; es así que como corolario destacaré algunos puntos que se desglosan de la Ley N° 827/96 de Seguros, (Ley de Supervisión), en cuyo Art. 20 inc. h) dentro del subtítulo de operaciones prohibidas señala: **la prohibición de “Otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros, salvo lo dispuesto en el artículo 8 inciso b).**

En su art 8 inc. b) sin embargo prevé tal posibilidad señalando: (...). **“Podrán otorgar Fianzas o garantizar obligaciones de terceros cuando configuren económica y técnicamente operaciones de seguros”.**

Ante el vacío legal en materia de seguros de caución la Superintendencia de Seguros de Paraguay dicta la Resolución SS.SG. N° 073/2014 de fecha 17 de diciembre de 2014 en cuya parte resolutive preceptúa.

Artículo 1°: En los seguros de caución, las partes podrán acordar cláusulas de “primer requerimiento”, en cuyo caso, la indemnización deberá ser pagada al asegurado dentro del plazo y las condiciones que establezca la póliza, sin que la oposición judicial o extrajudicial por parte del tomador contra el asegurado pueda ser invocada por la aseguradora para condicionar o diferir dicho pago.

Comentario: En este punto cabe señalar que (a contrario de lo que más adelante veremos sobre la situación chilena donde sí las cláusulas a pri-

mer requerimiento hallan sus bases en normas legales), la no oposición dispuesta por la Resolución dictada por la SIS, podría ser considerada arbitraria pues en la ley de forma (Código Procesal Civil), norma prevalente por sobre una resolución; sin embargo da la posibilidad de oponer excepciones (cuestión de garantía constitucional sin cuya observancia estaríamos antes un estado de indefensión), que para el caso en análisis constituye una norma de rango superior.

Tal vez la Superintendencia de Seguros reglamentó de tal modo en el entendido que serían a los efectos contables de previsión o provisión en su caso; más no con carácter de normas dicha cuestión con carácter imperativo, que obligue a su pago de manera coercitiva, pues estas operaciones son de carácter contractual y las partes tienen la libertad de dirimir sus diferencias sean aquellas en el ámbito judicial o extrajudicial.

Artículo 3°: Para los fines de definir la prohibición de emitir determinadas coberturas de caución dispuesta en el inciso b) del Artículo 13° de la Ley N° 827/96 “De Seguros”, serán consideradas como riesgos de operaciones de crédito financiero a aquellos riesgos que se refieren a la posibilidad de incumplimiento, parcial o total, de las obligaciones del deudor para con el acreedor, originadas en una operación financiera. Esta prohibición es a los efectos de evitar que se traslade al asegurador, vía contratos de seguro, el riesgo empresarial y especulativo propio de las entidades de crédito.

Comentario: Con estos dos artículos la Superintendencia de Seguros establece un marco jurídico a los efectos de permitir las operaciones de Caución o Fianza cuando configuren técnica y económicamente una operación de seguro.

Finalmente, de todos modos, conforme a la naturaleza del contrato, aunque lo queramos llamar “seguro” no es otra que lisa y llanamente una fianza y así lo han entendido reiterados fallos judiciales.

4. INSOLVENCIA VS. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

En Chile, la insolvencia presunta o “*mora prolongada*” considera producido el siniestro cuando el impago del crédito se extiende por un período de tiempo relevante. Ese lapso hoy como exponen en la experiencia chilena es alrededor de seis meses, contado desde la fecha de vencimiento de la obligación.

Así, el seguro de crédito cubriría el riesgo de pérdida en el patrimonio del asegurado producto del incumplimiento de una obligación (generalmente el pago del precio de la compraventa) en circunstancias que el deudor se encuentra en insolvencia, sea definitiva o presunta.

Como apunte comparado los ponentes de Chile citan La Ley de Contrato de Seguro española (LCS), N° 50 de 1980, se inscribe plenamente en esta clasificación en sus Artículos 78 y 79 que distingue ambas secciones de estas garantías:

Art. 78. 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.

Art. 79. Por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores.

4.1. De la determinación del siniestro en Paraguay

En Paraguay la determinación del siniestro viene marcado por dos disposiciones que establecen distintas posiciones al respecto.

La Ley N° 2.051 de Contrataciones Públicas, señala el procedimiento a ser tenido en cuenta antes de realizarse el reclamo contra la aseguradora, en el siguiente artículo:

Artículo 59.- RESCISIÓN DEL CONTRATO

La Contratante podrá rescindir administrativamente los contratos a los que se refiere esta ley, en los siguientes casos:

- a) por incumplimiento del proveedor o contratista;*
- b) por quiebra o insolvencia del proveedor o contratista;*
- c) cuando el valor de las multas supera el monto de la garantía de cumplimiento del contrato;*
- d) por suspensión de los trabajos, imputable al proveedor o al contratista, por más de sesenta días calendario, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;*

- e) por fraude o colusión debidamente comprobado del proveedor o contratista desde la adjudicación hasta la finalización del contrato;*
- f) por haberse celebrado un contrato contra expresa prohibición de esta ley; y,*
- g) en los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.*

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

- 1) se iniciará a partir de que al proveedor o contratista le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de diez días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;
- 2) transcurrido el plazo a que se refiere el inciso anterior, se resolverá considerando los argumentos, pruebas y circunstancias del caso; y,
- 3) la determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al proveedor o al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes a lo señalado en el inciso a) de este artículo.

También se señalan las causas de terminación del contrato por causas imputables a la Contratante, pues en este caso sin afectar la garantía otorgada por el fiador.

En cuanto al Código Aduanero sin embargo le da un marco jurídico diferente en la Ley N° 2422/2004; dándole al instrumento de garantía aduanera la naturaleza jurídica de Títulos ejecutivos. Imperando en ese orden el reclamo a primer requerimiento.

Así el Art. 382 le da el carácter de título ejecutivo inciso c) los instrumentos por los que se otorgan garantías aduaneras. Correspondiendo a los abogados que detentan poder general otorgado por la Dirección Nacional de Aduanas, el impulso de los procedimientos de ejecución respectiva (Art. 383 del mismo cuerpo legal).

5. INCUMPLIMIENTO DE UNAS OBLIGACIONES VS. INCUMPLIMIENTO DE OTRAS

El análisis determina que ambos contratos tanto en el riesgo del seguro de caución y de crédito ambos cubren siempre el riesgo de incumplimiento. La tarea se encamina en distinguir esas obligaciones.

La Ley del contrato de seguro del Perú establece que mediante el seguro de caución el asegurador cubre el riesgo de incumplimiento por parte del tomador de sus obligaciones legales o contractuales garantizadas.

Esta ley no hace mención del seguro de crédito, ni distingue las obligaciones que pueden ser garantizadas por el seguro de caución, por lo que se podría entender que las comprende todas, incluidas las de dar y entre estas las de dinero.

Por Ley N° 26.702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, como en el Reglamento de Pólizas de Caución, se acota el concepto del seguro de caución restringiendo su objeto a garantizar el cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer.

Con esta expresión pues entendemos que las obligaciones de dar como ser sumas de dinero no se hallan contempladas como materia de seguro de caución en el Perú. Tal como lo afirma la ponencia.

Sin embargo, destaca que en el mercado de seguros peruano se suscriben pólizas de seguro de crédito que cubren el riesgo de insolvencia de los clientes del asegurado (clientes deudores de obligaciones de pagar el precio de compraventas, esto es, obligaciones de dinero). También encontramos pólizas que cubren el simple impago de una obligación de dinero.

Lo que lleva a concluir que, al parecer, el riesgo de incumplimiento de obligaciones de dar algo diferente de dinero, implícitamente excluidas de la cobertura del seguro de caución por su Reglamento de Pólizas de Caución, en teoría no tendrían cobertura en Perú.

Por su parte citando a CONTRERAS precisa, que el seguro de caución en Chile no cubre el pago de obligaciones de dinero; pero limita su cobertura a las obligaciones de hacer y de no hacer, de modo que las obligaciones que consisten en el pago de una suma de dinero no son materia de pólizas de seguro de garantía, sino de una póliza de seguro de crédito.

Sin embargo, veamos la clasificación que se deduce de la ley sobre contrato de seguro, elegida por el legislador chileno. En efecto, el Código de Comercio de Chile, en relación con la cobertura de los riesgos de incumplimiento de obligaciones, establece lo siguiente:

Art. 579. Concepto. Por el seguro de crédito el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por el incumplimiento de una obligación de dinero.

Art. 582. Concepto. Por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales.

Con referencia a este tema en la legislación paraguaya el Código Civil, en cuanto a la naturaleza de la obligación, es de aplicación el capítulo de la Fianza que definida por el Art. 1456 dice: Por el contrato de fianza una parte se obliga accesoriamente respecto de la otra, a cumplir la obligación de un deudor de ésta. La promesa de fianza sólo produce efecto si es aceptada.

El art. 1461 al hablar del objeto de una prestación distinta de la obligación principal preceptúa:

*“Si la obligación principal no consistiere en el pago de una suma de dinero, o en una prestación apreciable en dinero, sino en la entrega de una cosa cierta, o en algún hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por **inejecución de la obligación**”.* (Lo resaltado es nuestro).

6. RIESGO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE HACER

Los riesgos que más comúnmente se cubren mediante seguros de caución son los de obligaciones de hacer. Se comprenden entre estas las obligaciones de servicios profesionales (corredores y agentes de bolsa de valores, de corredores de seguros, agentes de aduana, entre otros) y las de diseñar (ingeniería), construir, urbanizar, en general, obligaciones del constructor. Casuísticas que son coincidentes con el derecho paraguayo

7. RIESGO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE DAR ALGO DIFERENTE DE DINERO

Como se tiene analizado en Paraguay, el fiador únicamente está obligado a satisfacer daños e intereses, sin embargo han surgido experiencias en obligaciones de hacer en obras públicas, por la cual compañías de seguros han asumido la continuidad de la construcción de obras viales asumiendo la dirección y contratación de personal idóneo a los efectos

de la continuación de obras, aunque contra la ley pues al estar ligado en materia de obras públicas este tipo de salidas resulta prohibitivo al no estar autorizados en una norma, rige el principio de lo que no está previsto en la ley se halla prohibido, para la Administración pública, es decir debiera agotar las instancias administrativas previstas a su efecto, o estar expresamente autorizada por una norma.

Sin embargo, llevando esto al campo privado pues no hallaría tal vez dificultad mayor en el entendido que resulte menos gravoso al fiador; aunque contra-*legem* en virtud de la norma prohibitiva en sus términos que señala ...el fiador sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por inejecución de la obligación.

Es esta la categoría que expone Chile, menos tratada por la doctrina. Sin embargo, resulta muy relevante para distinguir el seguro de caución del de crédito. Si se sostiene que el seguro de caución cubre las obligaciones de hacer y de no hacer, entonces las de dar, sea dinero o algo diferente de dinero, serán materia del seguro de crédito.

8. PARTES DEL CONTRATO

En todo contrato de seguro existen dos partes, asegurador y asegurado. En los contratos de seguro de caución también: siempre habrá asegurador y asegurado; pero, además existirá un tomador, contratante o afianzado (para estos efectos los consideramos sinónimos).

La Superintendencia de Seguros de Paraguay en virtud de la resolución en materia de caución exige además que el Fiador compañía de seguros exija contragarantía de parte del tomador surgiendo así un aval del afianzado que garantiza a la compañía de seguros el retorno de lo que pudiera pagar en caso de surgir la obligación de responder por el deudor principal o tomador.

9. OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA PRIMA

Compartimos en un todo la ponencia de los Dres. Francisco Artigas y Carlos Molina Saldívar, en que si el pago de la prima es una obligación del tomador (quien no es a la vez el asegurado), la consecuencia es que el impago de la prima no debe empecer al asegurado, que no es tomador, no contrata el seguro ni se obliga al pago de la prima.

En Paraguay, el art. 1471 prevé que el fiador está obligado solidariamente con el deudor principal al pago de la deuda.

Así como la experiencia comentada por la ponencia principal, en Paraguay ha ocurrido casos de rescisión de contratos por falta de pago de la prima, perjudicando al asegurado extremos completamente alejados al instituto de la fianza como garantía de la obligación asumida por el tomador hacia el asegurado.

10. OTRAS OBLIGACIONES DEL TOMADOR

En los mismos términos de la ponencia chilena, rige para Paraguay el Art. 1476 del Código Civil. *“El fiador que pagare la deuda, aunque se hubiere obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra el deudor, anteriores y posteriores a la fianza, sin necesidad de cesión alguna”*.

11. ¿ASUME OBLIGACIONES EL ASEGURADO?

Así como lo expuesto por la representación chilena: *“asumamos que la ley puede establecer obligaciones para el asegurado. Es el caso de la legislación chilena, que somete al asegurado a la obligación de adoptar las medidas a su alcance para evitar el agravamiento de los riesgos y a salvaguardar su derecho a reembolso*. Posición jurídica que resulta coincidente con la de Paraguay.

12. OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO Y SUBROGACIÓN

En Paraguay, no caben dudas que el asegurador se subroga en los derechos del asegurado-acreedor, a fin de lograr el reembolso de lo pagado a nombre del deudor principal.

Art. 1476.- El fiador que pagare la deuda, aunque se hubiere obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra el deudor, anteriores y posteriores a la fianza, sin necesidad de cesión alguna.

Art.1477.- El fiador que pagó tiene acción de repetición contra el deudor principal, aunque éste no tuviere conocimiento de la fianza prestada.

La repetición comprende el capital, los intereses y costas, y los intereses legales desde el día del pago, como también la indemnización de todo perjuicio que le hubiere sobrevenido por motivo de la fianza.

Si el deudor es incapaz, la repetición del fiador será admitida sólo dentro de los límites de lo que haya redundado en beneficio suyo.

Coincidente con la ponencia chilena en cierta proporción de casos, el tomador (generalmente una persona jurídica), además, habrá constituido garantías en favor del asegurador, habitualmente fianza de empresas relacionadas o de socios principales de la empresa contratante.

13. CAUCIÓN ACCESORIA VS. CAUCIÓN AUTÓNOMA

13.1 El Principio Indemnizatorio

Este principio surge y se comparte la ponencia del Dr. Francisco Artigas, en que mediante la indemnización del seguro se trata de restituir en el patrimonio del asegurado la pérdida que le implica el siniestro acaecido, en ese sentido el Art. 1600 último párrafo preceptúa: “Responde sólo hasta el monto de la suma asegurada salvo estipulación contraria.

13.2 Seguro de Caucción “A Primer Requerimiento”

El género de las cauciones “profesionales”, del que forma parte el seguro de caucción, admite universalmente la clasificación de accesorias (las tradicionales, al igual que la fianza) y autónomas (o independientes o abstractas).

El seguro de caucción a primer requerimiento participa de lo que en derecho comparado se denominan garantías autónomas, independientes o abstractas (por desvincularse del contrato “subyacente” y en consecuencia pagarse sin condiciones). Garantía autónoma es justamente la denominación que Perú da al seguro de caucción cuya indemnización debe pagarse sin condiciones señalando cuanto sigue:

Garantías autónomas: Las empresas, en ejercicio de su libertad contractual, podrán emitir pólizas de caucción bajo las características de incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática a sólo requerimiento del asegurado, u otras cláusulas similares; tales pólizas serán consideradas como garantías independientes y autónomas, en

cuyo caso no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago, debiéndose precisar expresamente dichas características en la respectiva póliza de caución y en el certificado de garantía.

Se ha hecho notar ya cómo la ley chilena sobre contrato de seguro regula (desde 2013) los seguros de caución a primer requerimiento disponiendo que *“la indemnización deberá ser pagada al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago”*.

Tengamos presente que los seguros de caución para grandes proyectos siempre serán “a primer requerimiento” en los mercados donde este instrumento esté disponible, debido al poder de negociación que tienen quienes desarrollan esos proyectos y quienes los ejecutan, mandantes y contratistas, luego asegurados y tomadores.

En el seguro de caución a primer requerimiento el asegurador debe “pagar y luego reclamar” si estima que hubo un cobro “indebido”. No tiene derecho a exigirle al asegurado que previamente demuestre el incumplimiento de las obligaciones del tomador y el monto del perjuicio patrimonial que le afecta.

Como anticipamos, el asegurador debe pagar la indemnización reclamada sin exigir previamente el cumplimiento de estas obligaciones del asegurado. La póliza en cita, en el inciso final del citado Art. 5º, establece: *La Compañía no podrá condicionar el pago de la indemnización de la póliza, al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente cláusula.*

Como un efecto del carácter autónomo del seguro de caución a primer requerimiento, el siniestro debe pagarse sin ser sometido al procedimiento de liquidación o ajuste. Naturalmente, si el ajuste tiene por objeto determinar si el siniestro está cubierto y cuantificar el monto de la pérdida y el asegurador debe pagarlo sin exigir al asegurado que demuestre el incumplimiento del tomador (es decir, la ocurrencia del siniestro) ni el monto de su perjuicio por esa causa (esto es, el monto de la pérdida), carece de “objeto lícito” el ajuste de ese siniestro.

En consecuencia, sólo una vez pagada la indemnización podría el asegurador exigir al asegurado el cumplimiento de esas obligaciones suyas del contrato de seguro (y entonces reclamarle el reembolso del pago efectuado).

13.3. A Primer Requerimiento” y el Principio Indemnizatorio

Se podría concluir que al tener que pagar el asegurador la indemnización sin poder oponer excepciones, sin poder exigir demostración del incumplimiento de las obligaciones garantizadas ni el monto del perjuicio que ese incumplimiento produce en el patrimonio del asegurado, resulta entonces inaplicable la regla consistente en que la indemnización no pueda exceder del menoscabo que haya sufrido el patrimonio del asegurado como consecuencia del siniestro.

La doctrina en general ha considerado la valoración pactada –o póliza estimada– como una excepción al principio indemnizatorio, entendiendo que la existencia de un acuerdo sobre el valor de la cosa o interés asegurado se opondría a la aplicación de este principio. Sin embargo, también es razonable interpretar la valoración convenida o póliza estimada como una manifestación del principio indemnizatorio, una modalidad de su aplicación al caso concreto, con base en la consideración no sólo del elemento objetivo (real) en la valoración, sino también del elemento subjetivo en la apreciación del valor del bien o interés asegurado, concordado explícitamente entre asegurado y asegurador, al modo de los seguros de personas.

La cláusula penal, además de importar un derecho, es simplemente la valuación convencional y anticipada de los perjuicios, lo que desde el punto de vista del derecho de seguros equivale también a la valoración convenida del interés asegurado.

14. DURACIÓN DEL CONTRATO

Como expone el tratadista JORGE M RADOVICH, en el derecho argentino cualquier contrato de seguro, el momento de la concertación de voluntades producirá el comienzo formal de su vigencia, pero el material puede ser coetáneo, anterior o posterior al formal. Lo que resulta particular de este contrato es la extensión temporal de las obligaciones asumidas por la aseguradora y por el tomador.

Para la primera, la asunción del riesgo –salvo supuestos de excepción como la garantía de mantenimiento de oferta– es por un tiempo prolongado e indeterminado, puesto que se extiende –hasta tanto el deudor haya sido liberado.

En el derecho paraguayo sin embargo es costumbre que el plazo de extensión de cobertura en algunos casos no sea coincidente con el de la obligación principal, lo cual suele prestarse a controversias de toda índole por ejemplo que en caso de una resolución administrativa la compañía aseguradora que le sea suspendida la emisión de pólizas o renovaciones, en adelante no pueda seguir con la cobertura asumida, aunque la obligación principal contuviere otro plazo distinto (mayor).

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Paraguayo, Edición Actualizada 2017 El Lector.

Constitución Nacional de la República del Paraguay.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. (2014). Derecho de Seguros, Legal Publishing-Thomson Reuters-La Ley, Chile.

Ley N° 2.051/2003 DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Ley N° 2.422/2004 CÓDIGO ADUANERO.

Ley N° 827/96 DE SEGUROS.

OSORIO, Gustavo Alexi. El Seguro de Caución o Fianza.

Ponencia del Dr. Francisco Artigas Celis en el tema RIESGOS Y SEGUROS DE CAUCIÓN PARA GRANDES RIESGOS, XVI Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros – agosto de 2019.

RADOVICH, Jorge M. Curso de Seguros en el Comercio Exterior ad hoc.

Resolución SS.SG. N° 073/2014 del 17 de diciembre de 2014, de la Superintendencia de Seguros.

SANCHEZ CALERO, Fernando (Ponente General). (1996). Las Garantías a Primer Requerimiento, Editorial Civitas, S.A., Madrid.

STIGLITZ, Rubén. (1998). Derecho de Seguros, Tomos I y II, Segunda Edición Actualizada. Editorial ABELEDO – PERROT.

Normas citadas:

De Chile

Código de Comercio de Chile

Código Civil.

Ley N° 20.667 - REGULA EL CONTRATO DE SEGURO

DFL 251, de 1931, Ley de Seguros

De España

Ley N° 50/1980 LEY DE CONTRATO DE SEGURO.

Ley N° 20/2015, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.

De Perú

Ley N° 29.946/2012, sobre CONTRATO DE SEGURO.

Ley 26.702, LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS.

Resolución N° SBS. 3028-2010. Reglamento de Pólizas de Caución.

De Portugal

Decreto-Ley N° 72/2008 (aprueba el régimen jurídico del contrato de seguro, que se contiene en anexo).

Diccionario Mapfre de Seguros. Edición Actualizada 2019.