

CONCLUSIONES DEL PANEL DE RECLAMOS - SEMINARIO TÉCNICO 2017/ Manejo legal del reclamo

CONSULTAS	EL SALVADOR	MÉXICO	REPÚBLICA DOMINICANA
Tipos más comunes de fianzas/Términos y condiciones			
¿Cuáles son los tipos más comunes de fianzas que se suscriben en el país?	a. Garantía de mantenimiento de oferta (vigencia de 90 a 180 días calendario, 5% del valor ofertado). b. Fiel cumplimiento (vigencia hasta 1 año, 10% del valor del contrato). c. Buena inversión del anticipo (vigencia hasta 1 año, hasta 30% del valor del contrato). d. Buena obra (vigencia hasta 2 años, 10% del valor del contrato). e. Buen servicio, funcionamiento y calidad de los bienes (vigencia hasta 2 años, 10% del valor del contrato).	Fianzas administrativas, tanto de anticipo como de cumplimiento.	Fianzas de licitación, anticipo y fiel cumplimiento.
¿Cuáles son los términos y condiciones más comunes respecto a la cobertura de fianzas y el manejo de reclamos?	Artículo 32. 3er párrafo, Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP): “...Dichas garantías no podrán estar sujetas a condiciones distintas a las requeridas por la institución contratante, deberán otorgarse con calidad de solidarias, irrevocables, y ser de ejecución inmediata como garantía a primer requerimiento”.	En fianzas administrativas de cumplimiento: renuncia a la proporcionalidad; consentimiento automático de prórrogas y/o esperas. En fianzas administrativas de anticipo: que se garantice no solamente la inversión (buen uso) del anticipo, sino su amortización; consentimiento automático de prórrogas y/o esperas.	Las fianzas no son a primer requerimiento: la aseguradora se compromete a responder a quien sea de derecho por todos los daños y perjuicios que ocurran como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales del afianzado, hasta el límite de la presente fianza y siempre que haya sido previamente declarada ejecutoria de acuerdo con la ley N.º 146-02 de seguros privados, de la República Dominicana. El asegurador solo estará obligado a hacer pagos con cargo a la fianza cuando se le notifique una sentencia judicial con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.
¿Cuáles leyes son aplicables, si existen, para regular la emisión y los tipos de fianzas?	Código de Comercio. Artículos 1538 al 1550. Año de creación: 1970. Última reforma: 2008. Código Civil. Año de creación: 1985. Última reforma: 2011. Ley de Sociedades de Seguros. Año de creación: 1996. Última reforma: 2006. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública – LACAP. Capítulo 4. Artículos 32 al 38. Año de creación: 2011.	Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas.	Ley 146-02 sobre Seguros y Fianzas en la República Dominicana.
¿Existen diferencias sustantivas de contenido y/o alcance entre las fianzas emitidas para el sector público y las emitidas para el sector privado?	Ninguna, con la salvedad de que, en El Salvador, la mayoría de las fianzas que se emiten tienen como beneficiario alguna entidad del sector público. Más del 90% de las fianzas emitidas son para el sector público.	Existen diferencias importantes entre el procedimiento que tienen los beneficiarios del sector público para reclamarlas y el procedimiento que deben agotar los particulares. En cuanto al contenido y alcance, normalmente el sector público cuenta con textos preestablecidos con condiciones estrictas para la afianzadora.	No existen diferencias sustantivas, a menos que se pacte alguna cláusula especial.
¿Quiénes tienen derecho a recuperar bajo la fianza?			
¿Quiénes pueden ser los reclamantes de la fianza?	Solo el beneficiario de la fianza a favor del cual se paga la indemnización en caso de incumplimiento del fiado.	Los beneficiarios de la fianza, ante quienes se expide.	El beneficiario descrito en la fianza.
¿Se define en el texto de la fianza quiénes pueden ser los reclamantes? ¿O está definido, acaso, en la ley o por jurisprudencia?	El reclamante es única y exclusivamente el beneficiario según el Código de Comercio de El Salvador.	En el texto de la fianza, se indica claramente ante quién se obliga la institución, que es quien puede reclamar.	En el texto de la fianza se indica claramente quién es el beneficiario de la fianza.
¿Es posible para el beneficiario (entidad a favor de quien se otorga la fianza) asignar el beneficio de la indemnización a una entidad diferente sin el consentimiento del asegurador que emite la póliza/fianza?	No, ya que el beneficiario es el único que puede hacer efectivo el reclamo.	No, precisamente porque, por medio de la fianza, la institución asume una obligación frente a una determinada persona física o moral, lo cual solamente podría cambiar con el consentimiento de la afianzadora.	No, solamente el beneficiario puede ejercer el derecho al reclamo.
¿Qué tipo de daños están cubiertos por la fianza?			

Por ejemplo, ¿cubre la fianza intereses, penalidades, multas, etc., además del objeto principal establecido en la descripción del riesgo?	No, solamente cuando el texto de la fianza lo dice.	Por ley, las instituciones, para el caso de que paguen extemporáneamente una fianza, deben pagar accesorios por mora: actualización de cantidades e intereses moratorios. Estos montos pueden exceder el monto máximo garantizado; son independientes. Por lo que hace a penalidades, multas, etc., pueden garantizarse siempre y cuando se señale expresamente en el texto de la fianza.	Nuestras fianzas cubren los daños y perjuicios que ocurran como consecuencia del incumplimiento, pero siempre hasta el monto de las obligaciones contratadas. Nunca se pagará más del valor pactado en la fianza.
¿Tienen los reclamantes derecho a recuperar honorarios de abogados en caso de que el reclamo se vuelva objeto de litigio y se gane el juicio?	Únicamente tienen derecho al monto afianzado.	Pueden tenerlo, pero en todo caso derivaría de la legislación procesal correspondiente.	Sí, pero siempre se concilia ante cualquier notificación de incumplimiento.
¿Tienen todos los reclamantes derecho a recuperar intereses o penalidades, o acaso esto únicamente se aplica a cierto tipo de reclamantes?	No, es aplicable cuando caen en mora. En el caso de El Salvador, recae después de los 10 días de realizado el reclamo por escrito.	Todos los reclamantes tienen derecho a cobrar accesorios por mora para el caso de pago extemporáneo.	Puede ser indemnizable siempre y cuando el valor total por pagar no exceda el valor asegurado de la fianza.
¿Establece la ley o normativa relativa a prescripción en su país, si acaso aplicara, proveer a la aseguradora/afianzadora de opciones o alternativas diferentes del pago de la indemnización para satisfacer el cumplimiento de la obligación? Por ejemplo, ¿está la aseguradora/afianzadora autorizada a completar o realizar arreglos por cuenta de un tercero diferente del fiado (tomador del riesgo) para cumplir con la obligación afianzada? Si acaso esta fuera una opción, ¿es práctica común en el mercado afianzador de su país?	El Artículo 1544 del Código de Comercio señala: "Las instituciones fiadoras incurrirán en mora diez días calendario después de que, por escrito, el beneficiario les haya solicitado el pago de la fianza. Será nulo el pacto que fije un plazo diverso del que señala este artículo, o una tasa diversa de la legal a los intereses moratorios".	Sí está regulada la prescripción: 3 años o el plazo para que prescriba la obligación garantizada, el que resulte menor. En fianzas fiscales, el plazo es de 5 años. Estos plazos se computan a partir del momento en que la autoridad cuenta con un requerimiento de pago válido firmemente, o en que el particular pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales correspondientes, habiendo agotado un procedimiento de reclamación previo. Por otro lado, si está contemplada en la ley de la materia la figura de la "sustitución" de la afianzadora en el cumplimiento de las obligaciones garantizadas, cuando ello sea posible. No es una práctica común.	La prescripción extintiva es a partir de la ocurrencia de un reclamo; es de 3 años para los terceros, según la Ley 146-02. La aseguradora puede también asumir la ejecución del proyecto en conflicto y terminarlo por cuenta propia en caso de que ella lo decidiera.
¿Hay algún aspecto especial de la indemnización, en cuanto al aspecto de los daños, que sea imputable a la aseguradora/afianzadora?	De acuerdo con el Código de Comercio, no existe la obligación por parte del beneficiario de comprobar el incumplimiento.	Únicamente los accesorios por mora (actualización de montos adeudados conforme a inflación e intereses moratorios), si es que se demuestra que la afianzadora debió haber pagado y lo hizo de forma extemporánea.	No existe ningún aspecto especial en nuestra legislación sobre este particular.
¿Está el contrato entre las partes (tomador del riesgo y entidad a favor de quien se otorga la fianza o el seguro de caución) incorporado como parte integrante en el texto de la fianza que se emite, de manera tal que la aseguradora/afianzadora sea responsable por todos los daños especificados en el contrato? De resultar esto aplicable, ¿sería en caso de fianzas de fiel cumplimiento o también en cualquier otro tipo de fianza?	En cualquier otro tipo de fianzas, también.	En fianzas administrativas de cumplimiento normalmente se estipula que se garantiza el cumplimiento de "todas y cada una de las obligaciones a cargo de la fiada". Otro tipo de fianzas garantizan obligaciones determinadas más específicamente. Sin embargo, el anterior texto que normalmente tiene una fianza de cumplimiento puede prestarse a interpretaciones diversas, por lo que, en su caso, conviene señalar específicamente las obligaciones que se garantizan.	En cualquier otro tipo de fianzas, también.
¿Puede el incumplimiento del beneficiario de la obligación excusar a la aseguradora/afianzadora de sus obligaciones según la fianza?	No.	Sí. Las afianzadoras están expresamente facultadas por la ley de la materia a oponer al beneficiario reclamante la excepción de contrato no cumplido.	Sí.
Variaciones de la suma máxima límite de indemnización, con respecto al valor afianzado/asegurado:			

¿Se encuentra la responsabilidad de la aseguradora/afianzadora, según la fianza emitida, limitada a la suma total afianzada o podría estar obligada a pagar sumas en exceso de este monto?	No, solamente la suma afianzada.	Salvo los accesorios por mora, todas las fianzas contienen un monto máximo garantizado.	Está limitado solamente a la suma afianzada.
¿Puede la responsabilidad de la aseguradora/afianzadora incrementarse de algún modo durante el tiempo en que la fianza está en vigencia, sin que la aseguradora/afianzadora haya emitido expresamente un anexo o endoso de incremento de suma a la fianza ya existente?	Sí, por vicios ocultos.	No.	No.
Notificación/comunicaciones exigidas en caso de reclamo			
¿Cuáles son los requerimientos legales para notificar a una aseguradora/afianzadora acerca de una fianza que se encuentra en situación de reclamo?	El beneficiario presenta el reclamo por escrito solamente.	Acreditar la existencia y la exigibilidad de las obligaciones garantizadas. Obviamente deben cumplirse siempre requisitos básicos de identificación. Cuando quien reclama es una autoridad, debe fundamentar y motivar debidamente el requerimiento respectivo.	El beneficiario deberá presentar un reclamo por escrito.
Si los requisitos de notificación establecidos no son observados, ¿podría considerarse que la aseguradora/afianzadora se encuentra excusada de responder por la indemnización?	La afianzadora, después de que le ha sido presentado el reclamo por escrito por parte del beneficiario, tiene un plazo de 10 días calendario para realizar el pago de la indemnización.	Depende de la falta; pero, si es importante, sí.	En teoría sí, pero el beneficiario puede también hacer un reclamo por la vía judicial, si lo cree necesario.
Plazo establecido para interponer litigio/demanda			
¿Cuál es el plazo establecido para interponer una demanda u otra acción legal relacionada con una fianza emitida en situación de reclamo? Si dicho plazo está estipulado en el sistema de prescripción aplicable en el país, ¿puede afectar los establecidos en la fianza para alterar o cambiar el plazo para demanda?	La afianzadora, después de presentado el reclamo por escrito por parte del beneficiario, tiene un plazo de 10 días calendario para indemnizar el reclamo. La afianzadora paga el reclamo <u>sin que se compruebe</u> el incumplimiento del afianzado.	Tres años o el plazo de prescripción de la obligación garantizada, el que resulte menor, para los particulares. Las autoridades no necesitan demandar, sino que es la afianzadora quien tiene que demandar la nulidad de sus requerimientos. Entiéndase por autoridades la Federación, los Estados Federados, los Municipios y la Ciudad de México (Entidades Federativas) siempre que, conforme a las leyes que los rigen, estén facultados para solicitar la ejecución de pólizas de fianza. La afianzadora, en estos casos, demanda la nulidad del requerimiento de pago ante un Tribunal Contencioso Administrativo, el cual pertenece al Poder Ejecutivo pero tiene funciones jurisdiccionales).	Tres años contados a partir de la fecha del reclamo.
Procedimiento para manejo y administración de reclamos			
¿Existe normativa aplicable con relación a prescripción/caducidad o parámetros administrativos que afecten el manejo de reclamos en su empresa, en el mercado o en su país?	La afianzadora tiene un plazo de 10 días calendario para pagar el reclamo de acuerdo con el requerimiento por escrito que ha realizado el beneficiario para tal fin.	Sí.	Sí, la Ley 146-02 tiene un artículo sobre la caducidad.
¿Existe normativa aplicable al manejo o administración de reclamos en situación de litigio?	La afianzadora paga el reclamo <u>sin que se compruebe</u> el incumplimiento del afianzado.	Sí.	Sí.
¿Es el arbitraje de casos comúnmente utilizado en materia de reclamo de fianzas en su mercado?; en caso afirmativo, ¿cuáles reglas en particular se aplican que puedan impactar el reclamo en estos casos de arbitraje?	No se produce el arbitraje porque las fianzas son a primer requerimiento, sin derecho a investigación ni a que se compruebe el incumplimiento alegado.	No es común.	Aunque existe en el artículo 101 de la Ley 146-02, no es usual.
¿Es común en su país o en su mercado considerar la mediación entre las partes como un paso previo al arbitraje?	No es necesaria la mediación porque las fianzas son a primer requerimiento; es decir, el beneficiario presenta el reclamo por escrito y la afianzadora está en la obligación de pagar la suma afianzada en un plazo de hasta diez días calendario a partir de la fecha en que la aseguradora ha recibido la notificación de reclamo.	No es común.	No es común.
Defensas oponibles por la aseguradora/afianzadora			

¿Existen defensas oponibles por la aseguradora/afianzadora diferentes de los argumentos que puede presentar el tomador del riesgo? (Por ejemplo, fraude en la emisión de la fianza, problemas técnicos en el cumplimiento de las regulaciones para la presentación o notificación del reclamo, cambios en el contrato fuente base de la fianza sin que se haya realizado la respectiva notificación a la aseguradora/afianzadora, etc.).	Sí. Cuando hay cambios en el contrato fuente base de la fianza y fraude en la emisión de la fianza. Los problemas técnicos no son una defensa oponible.	Sí. Las afianzadoras pueden oponer defensas propias y defensas que le son propias a la fiada.	Sí, siempre y cuando exista un medio de prueba.
Aplicación o ejecución de la contragarantía/acuerdo de indemnización que el tomador del riesgo presenta a la aseguradora/afianzadora			
¿Puede el acuerdo de indemnización firmado entre las partes ser ejecutado por la aseguradora/afianzadora?	Sí.	Sí.	Sí. Lo usual en República Dominicana es que la afianzadora participe siempre del proceso del acuerdo. Si existiera algún acuerdo entre las partes, aunque no participe la afianzadora, este sería reconocido o ejecutado por la afianzadora.
¿Existe algún otro paso o medida en el aspecto técnico que la aseguradora deba tomar en el momento en que se ejecute la contragarantía o el acuerdo de indemnización? (Por ejemplo, registro o notaría de las firmas en el acuerdo de indemnización, deducir del acuerdo de indemnización la capacidad utilizable en el pago del reclamo sobre total)	No existe ningún otro paso o medida en el aspecto técnico.	No.	No.
¿Existe algún impedimento que pueda obstaculizar la ejecución de la contragarantía? (Por ejemplo, una ley en el país que prohíba el pago anticipado de una deuda antes de que esta sea forzosa y legalmente exigible).	Sí, la relación causal, que es aquella que constituye un título independiente y autónomo de una obligación específica. Sería el caso de un pagaré.	No. Los impedimentos normalmente son prácticos y económicos.	No existen obstáculos a menos que el o los bienes que serán ejecutados tengan una inscripción como bien de familia con la finalidad de salvaguardar los derechos de la esposa o hijos menores.
¿Es una práctica aceptable en su mercado incluir en un documento de contragarantía provisiones relativas a añadir activos patrimoniales que puedan ser ejecutados en caso de ser necesario? (Por ejemplo, mediante la constitución de un gravamen sobre el activo). Si la respuesta es afirmativa, ¿cuánto tiempo demandaría ejecutar los activos en una contragarantía real?	Sí, es una práctica aceptable y el plazo de ejecución de los activos es variable. Depende, en muchos casos, de la complejidad del juicio o litigio.	Sí. Existe la figura conocida como "afectación en garantía" sobre inmuebles, que funciona de manera similar a una hipoteca.	Es una práctica aceptable. El procedimiento judicial es largo y tedioso, por lo que el mercado afianzador prefiere una garantía líquida (certificado financiero) en vez de una prendaria.
¿Puede la acción de ejecutar la contragarantía o el acuerdo de indemnización acumularse en el mismo procedimiento judicial o litigio contra la fianza reclamada por el beneficiario?	No, ya que el demandado no es la misma persona natural o jurídica y, por lo tanto, no hay identidad de sujeto, lo cual es necesario para poder acumular juicios.	No.	No.
¿Existen otras consideraciones especiales o limitaciones de algún tipo que afecten el derecho de la aseguradora/afianzadora a ejecutar la contragarantía o el acuerdo de indemnización?	Solamente la relación causal, por ejemplo, en aquellos casos en que haya un pagaré vinculado a la fianza.	La afianzadora debe notificar al solicitante, fiado y obligados solidarios las reclamaciones que reciba en relación con ellos. No hacerlo puede complicar la recuperación. La ley manda la realización de esta notificación y, por jurisprudencia, se interpretó que, a falta de esta, no se puede acceder a la vía judicial privilegiada de recuperación.	No existen causales que limiten la ejecución de la contragarantía.
Subrogación y otras acciones de recuperación.			
¿Puede la aseguradora/afianzadora acumular la acción de subrogación contra los otros acreedores del tomador del riesgo si paga el reclamo?	Sí, siempre y cuando exista claridad en la identidad del sujeto y del objeto sobre el que recae el embargo. Su procedencia queda sustentada en normativa contenida en el Código de Comercio.	La afianzadora que paga la indemnización se subroga en los derechos, acciones y privilegios que tenía el beneficiario en contra del fiado, hasta por el monto pagado. No obstante, normalmente las afianzadoras basan su derecho de recuperación en el convenio de indemnización, que es donde se incluye a los obligados solidarios.	Según la máxima jurídica, el deudor de mi deudor es mi deudor; por consiguiente, si al ejecutarse la contragarantía esta resultase inferior al valor indemnizado, la afianzadora puede ejercer la acción por el faltante frente a los acreedores del tomador.

¿Puede la aseguradora/afianzadora acumular la acción de subrogación en nombre del reclamante/acreedor/beneficiario/asegurado si paga el reclamo?	Sí, siempre y cuando el reclamante de la acción de cobro (el beneficiario de la fianza) esté de acuerdo.	Si la afianzadora paga un reclamo, por ministerio de ley queda subrogada en los derechos, acciones y privilegios que el acreedor tuviera frente a su deudor.	Sí, la acción de recobro quedará limitada a la suma indemnizada.
¿Puede la aseguradora/afianzadora recuperar –por causa de profesionales que han sido designados en el caso– debido a negligencia o mala práctica profesional si esta ha causado un perjuicio económico en la pérdida/ reclamo de la aseguradora/afianzadora?	Sí, siempre que se haya otorgado una contragarantía real, la cual sería sujeto de ejecución y posibilitaría la recuperación.	Si la afianzadora paga un reclamo, tiene el derecho a recuperar los montos pagados, con independencia de que el fiado pueda, en su caso, reclamar al beneficiario la devolución de un pago indebido hecho por la afianzadora.	Sí, siempre y cuando se pueda comprobar tal negligencia o mala práctica.
¿Podría haber otras consideraciones relativas a subrogación y recuperación que pudieran limitar el potencial de la aseguradora/afianzadora para recuperar de terceras partes?	Sí. Por ejemplo, las oposiciones sin fundamento de los deudores.	La ley de la materia dispone que, si el beneficiario de una póliza de fianza impide o hace imposible la subrogación a favor de la afianzadora, esta queda libre de su obligación fiadora.	Sí. Al momento de ejercer la acción de recuperación sobre una garantía prendaria (propiedad inmueble), si la propiedad tiene alguna otra hipoteca, el monto por recuperar podría no ser el deseado; es por ello que la garantía por excelencia es la garantía líquida o financiera.

El Salvador: Ingeniero Eduardo Chacón.
México: Abogado José Manuel Campero.
República Dominicana: Abogado Valentín Ortiz.

Fecha del panel: 5 de octubre de 2017.