

# Rea<sup>2</sup>

Revista Electrónica de la Actividad Aseguradora



REVISTA 1

## Requisitos *ad solemnitatem* del contrato de fianza en la actividad aseguradora<sup>1</sup>

Jonás E. Aponte A.<sup>2</sup>

**Sumario:** Introducción. I. Concepto del contrato de fianza. II. Características. A. ¿Es el contrato de fianza consensual? B. El contrato solemne. 1. La formalidad de la fianza en el derecho romano. 2. Formas del contrato de fianza en la regulación de la actividad aseguradora. 3. La Sanción por el incumplimiento de formalidades. a) Emitir contratos de fianza no autorizados. b) No establezcan la subrogación de los derechos y la caducidad. (1) De la subrogación. (2) De la caducidad. (3) No indique el monto exacto garantizado y su duración. IV. Formalidades y prohibiciones legales. A. Origen de la prohibición. Conclusiones. Bibliografía

**Resumen:** El trabajo analiza los requisitos solemnes y formales que aplican al contrato de fianza en el marco de la regulación de Ley de la Actividad Aseguradora y las Normas que regulan el contrato de fianza y sus condiciones generales en la actividad aseguradora. La clasificación de los contratos es una materia a la cual se le dedican muchas hojas en la academia, sin embargo, la importancia de este trabajo radica en advertir que el contrato de fianza suscrito por una empresa de seguros debería analizarse de cara a sus formas esenciales y no como un perfeccionamiento automático en virtud de su supuesta consensualidad.

**Palabras claves:** Contrato, fianza, seguro, solemne, consensual.

**Abstract:** This paper analyzes the formal and formal requirements applicable to surety bonds within the framework of the Insurance Activity Law and the Rules governing surety bonds and their general conditions in the insurance industry. The classification of surety bonds is a subject to which much academic writing is devoted; however, the importance of this paper lies in highlighting that surety bonds signed by an insurance company should be analyzed in terms of their essential forms and not as an automatic perfection resulting from the consent of the parties.

---

1 Agradezco significativamente a los árbitros que revisaron detalladamente mi trabajo, sus observaciones y apreciaciones contribuyeron a su depuración y comprensión.

2 Universidad Central de Venezuela, Abogado; Especialista en Derecho Tributario. Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública, Licenciado en Ciencias Fiscales mención Rentas. Director (A) de la Dirección de Registro y Regulación.

**Keywords:** Contract, bond, insurance, solemn, consensual.

## INTRODUCCIÓN

La actividad aseguradora de conformidad con el artículo 2 de la Ley de la Actividad Aseguradora (LAA) es: “(...) toda relación u operación relativa al contrato de seguro, de reaseguro, de medicina prepagada y de administración de riesgos, a la intermediación, las fianzas, el financiamiento de primas o cuotas, los fondos administrados, el fideicomiso en el mercado asegurador, la inspección de riesgos, el peritaje avaluador y el ajuste de pérdidas en actividades de seguros, en los términos establecidos en las normas que regulen la materia”.

El concepto arriba señalado establece dos (2) elementos: i) relación (actividades vinculadas con el sector aseguradora) y; ii) operación (conjunto de actuaciones autorizadas por la Ley para ser explotadas por los sujetos regulados), que no siendo propiamente de seguro, vale decir, vinculadas con riesgos, mutualidad y buena fe, están reguladas por la Ley de la Actividad Aseguradora<sup>3</sup>. En ese sentido, este instrumento normativo no regula *per se* el contrato de seguros, sino, en su lugar, establece una serie de regulaciones de los actores y actividades que interactúan en el mercado asegurador, así como las diferentes competencias que tiene atribuida la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG). Sobre esa base, el contrato de fianza, en el que intervenga una empresa de seguros, estará fuertemente regulado en la Ley, al consagrarse importantes previsiones normativas, de modo que su desarrollo o puesta en práctica resulte lo más impoluta y acrisolada, conjurando los problemas y riesgos a los que ordinariamente se exponen.

Siendo esto así, los contratos de fianza serán autorizados previamente

---

<sup>3</sup> Señala Stiglitz que la aplicación del poder de policía se extiende a las personas físicas e ideas que en los hechos desarrollan actividad aseguradora y reaseguradora, con o sin la debida autorización, que es a quienes se refiere, necesariamente, el artículo 82, Ley 20.091, cuando menciona a los afectados, responsables o imputados, pues no lo hace en un sentido material mediano sino, más precisamente, con el propósito de individualizar jurídicamente a quienes realizan actividad aseguradora para concederles personería procesal a fin de defender sus derechos. *Vid.* Stiglitz, Rubén. *Derecho de Seguros*. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 54. Asimismo, según el artículo 3 de la Ley 20.091, indicó que son sujetos de control las empresas de seguros y las de reaseguros, incluyéndose también “a quienes realicen operaciones asimilables al seguro cuando su naturaleza o alcance lo justifique”. *Ibid.*

para poder ser utilizados por las empresas de seguros. La autorización es una típica técnica de limitación u ordenación y la Superintendencia de la Actividad Aseguradora tiene un fuerte control autorizatorio *ex ante*, tanto para habilitar a los sujetos regulados como a los productos que estos comercializan<sup>4</sup>.

En materia de fianza, la Ley de la Actividad Aseguradora establece en el artículo 53, que: “[l]as empresas de seguros autorizadas para operar en ramos de seguros generales podrán realizar operaciones de fianzas. Los modelos de los contratos de fianzas, solicitudes, recibos y anexos deben ser previamente aprobados por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien decidirá sobre la solicitud en un plazo de treinta (30) días hábiles”<sup>5</sup>.

Como se aprecia, todos los contratos de fianzas deberán ser autorizados por la SUDEASEG antes de ser utilizados. Ahora bien, aun cuando se debe aprobar el contenido del contrato de fianza *ex ante* de su utilización, otro importante punto neurálgico es el control que deben realizar las empresas sobre el mismo en todo su desarrollo. Que el contrato de fianza deba autorizarse previamente comporta una protección a la masa de afianzados, acreedores y de asegurados, pero especialmente para las empresas de seguros, que pueden verse tentadas a aplicar un contrato de fianza perjudicial para sus intereses y, con el cual, contaría con pocas herramientas de defensa frente a una eventual ejecución.

---

4 Las autorizaciones son aquellos actos que permiten al administrado ejercer un derecho o poder que le pertenece, pero para cuyo ejercicio existe un obstáculo legal. Estos actos administrativos pueden ser: i) reglados, vale decir, cuando se condiciona el ejercicio de un derecho preexistente al cumplimiento de unos requisitos legalmente exigidos; o ii) discrecionales, para ello se requiere que la norma remita a una valoración administrativa que atribuya a la Administración la opción de elegir entre distintas soluciones igualmente justas. Sala Político Administrativa, sentencia N° 00213 del 18 de febrero de 2009, caso: *La Oriental de Seguros, C.A. contra el Ministerio del Poder Popular para las Finanzas*. Vid. Criterios Jurisprudenciales de la Actividad Aseguradora. El Contrato de Seguros, *op. cit.*, p. 300. La autorización de los productos, tarifas y primas es de naturaleza discrecional, puesto que los referidos dispositivos le otorgan un margen de valoración a la SUDEASEG para dictar el acto administrativo en referencia. *Idem*.

5 En Argentina, señala Stiglitz, que antes de la aprobación de los instrumentos “los asegurados se hallan impedidos de hacer circular los expresados instrumentos, lo que implica que no pueden ser utilizados como documentos contractuales, ya sea como oferta, integrando o no una publicidad, ni instrumentar contratos, pues la falta de aprobación obsta a un perfeccionamiento válido. Lo expuesto se hace extensivo a la prohibición de operar con textos modificados de pólizas aprobadas sin que, a su vez, se haya aprobado la alteración”. Stiglitz, Rubén. *Derecho de Seguros*. *op. cit.*, p. 59.

Es importante señalar que la siniestralidad en el contrato de fianza es baja, ello significa que una (1) de cada mil (1000) se ejecutan, pero, si de ese universo se ejecuta aquel cuyo monto afianzado es considerablemente más alto que el capital social de la empresa y, por ende, del patrimonio propio no comprometido, entonces tendrá consecuencias catastróficas para la empresa, sus afianzados, asegurados y para el sector en general. En ese sentido, existen contratos de fianzas más riesgosos que otros, v.g. las fianzas de anticipo, ejecución de obra, fiel cumplimiento, de mantenimiento de oferta e, incluso, la laboral, por lo que el análisis y valoración del riesgo deberán ser estrictos, incluso superior a lo que se espera de un *bonus pater familias*. Las empresas de seguros con la suscripción de contratos de fianzas, altamente riesgosos, caminan por una cuerda muy tensa y deshilachada, por esa razón, deberán hacer seguimiento al mismo desde de su inicio, desarrollo y finalización. Mucho más en el caso que la fianza no se encuentre debidamente reasegurado con reaseguradores de reconocida solvencia económica y debidamente autorizados por la SUDEASEG.

Además del régimen autorizatorio que orbita alrededor del contrato de fianza, existen otros controles que se establecieron en las *Normas que regulan el contrato de fianza y sus condiciones generales en la actividad aseguradora*<sup>6</sup> (Normas del contrato de fianza), como por ejemplo, la elaboración de manuales<sup>7</sup>, hacer seguimiento a los contratos<sup>8</sup>, especialmente a los de ejecución de obras, la constitución de un fondo de contingencia<sup>9</sup>, contragarantías<sup>10</sup> y el establecimiento de un límite de retención al que estarían las empresas de seguro en los contratos de fianza o por afianzado<sup>11</sup>.

Con el presente trabajo realizaremos un breve análisis del porqué el contrato de fianzas en la actividad aseguradora es formal, *ad solemnitatem* o *ad substantiam*, pese a que ha sido una discusión tradicional en la doctrina, se ha entendido que es consensual ocupando un acusado protagonismo en esta clase de convenciones. Los contratos formales se diferencian de los

6 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.835 del 09 de septiembre de 2024.

7 Artículo 11.

8 Artículo 10.

9 Artículo 19.

10 Artículos 12, 13, 14, 15, 16 y 17.

11 Artículo 20 y 21.

consensuales, que dominan en el mundo civil y en ocasiones el comercial, los cuales están bajo el régimen del consentimiento simple. El predominio de la consensualidad obedece a razones de celeridad para fines del tráfico comercial<sup>12</sup>.

De igual manera, como regla general, cuando se subordina la celebración negocial a la necesaria observancia de una formalidad, esto es, a una exigencia de forma específica, dado que la ley demanda que la voluntad común sea declarada necesariamente por las partes bajo cierta forma o manera, de no verificarse, la consecuencia es su nulidad, pero, debemos preguntarnos: ¿Existe alguna situación en la que la inobservancia de las formas previstas en la Ley y en las Normas que regulan en el contrato de fianza acarrearía su nulidad? Intentaremos responder esa pregunta con este artículo.

Sobre el particular, para fines metodológicos de este trabajo, en primer lugar, daremos cuenta del concepto de contrato de fianza y sus características más resaltantes en la actividad aseguradora entre los que destaca la consensualidad; en segundo lugar, se precisará las consecuencias de no seguir con las formas previstas en las normas de cara a las prohibiciones y sanciones en el contrato de fianza y; en tercer lugar, en función de lo anterior, responderemos sobre las consecuencias de no aplicar las formas establecidas en la Ley.

## I. CONCEPTO DEL CONTRATO DE FIANZA

Las Normas del contrato de fianza, en su artículo 2, definen esta convención, como: “(...) aquel mediante el cual una empresa de seguros, llamada fiador, se obliga frente a una persona, denominada acreedor, a indemnizar por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el afianzado en virtud de un contrato principal, por disposición de la Ley o lo exigido por un tribunal”. El concepto establecido en las Normas tiene la virtud de vincularlo directamente al sujeto que está habilitada por la Ley para suscribir esa clase de contratos y, allende de la definición de la garantía, se advierte que la fianza puede derivar de un contrato o convención de las partes, de la propia Ley o impuesta por un tribunal<sup>13</sup>.

12 Ortega P., Marco A. “Algunas reflexiones sobre la regulación de la forma contractual en el código civil de 1984”. *Advocatus*, N° 13, Lima, 2005, p. 131.

13 El Código Civil de Venezuela en el artículo 1804, establece que: “Quien se constituye fiador de una obligación queda obligado para con el acreedor a cumplirla, si el deudor no

Para la doctrina, en términos generales, el contrato de fianza es una garantía personal en virtud de la cual “(...) una persona llamada fiador se obliga frente al acreedor de otra a cumplir la obligación de ésta si el deudor no la satisface”<sup>14</sup>. En similares términos Zambrano conceptualiza a la fianza como: “(...) un contrato por el cual una persona que se denomina fiador se obliga con el acreedor de otra a responder del cumplimiento de la obligación de ésta (deudor) quedando obligado a cumplirla si el afianzado no la satisface”<sup>15</sup>.

La Sala Político Administrativa definió el contrato de fianza, de conformidad con el Código Civil, como aquel: “(...) mediante el cual una persona (denominada fiador), se obliga ante un tercero (el acreedor), **a subsanar una obligación en caso de que el deudor no la cumpla**, de allí que estamos en presencia de un contrato caracterizado por ser unilateral, toda vez que sólo se obliga al fiador a responder ante el acreedor **en caso de que el obligado principal (el deudor) no cumpla** con el compromiso afianzado, compromiso que fue establecido a través de un contrato de adhesión y accesorio, que se constituye precisamente para garantizar el cumplimiento de una obligación válida, por ello debe ser expreso y no puede exceder del monto que adeuda el obligado principal (conforme a lo establecido en los artículos 1805 al 1808 *eiusdem*)”<sup>16</sup>.

La fianza es un contrato de garantía que encuentra su base en el crédito personal. El fiador se compromete con el acreedor a cumplir por el deudor, si éste no lo hace. Para Martín: “la fianza es la obligación accesoria que, en garantía de la deuda ajena, asume el fiador y **debe cumplir**

---

la cumple”. Como se observa, el Código Civil no dispone propiamente una definición del contrato de fianza, sino sus características básicas. El Código de Comercio dispone que: “[l]a fianza es mercantil, aunque el fiador no sea comerciante, si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil”. El Código de Comercio tampoco define el contrato de fianza, pero directamente se atribuye su carácter mercantil.

14 Aguilar G., José L. *Contratos y Garantías*. Universidad Católica André Bello, Caracas, 2006, p. 20.

15 Zambrano V., José A. *El contrato de fianza en el derecho venezolano*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955, p. 28.

16 La Sala Político-Administrativa, en sentencia 00942 de fecha 19 de octubre de 2023, caso: *C.A. Metro de Caracas contra la sociedad mercantil Constructora Norberto Odebrecht, S.A. y solidariamente contra la empresa Seguros Caroní, S.A.* En igual sentido, véase: Sala Político Administrativa, sentencia No. 00240, de fecha 15 de mayo de 2019, caso: *Estado Amazonas*.

**subsidiariamente en defecto del cumplimiento de la obligación fiada** (...). Consiste en la constitución, junto a la obligación garantizada de otra de igual contenido en cabeza de un segundo deudor y sujeta a un régimen característico. Así, se proporciona al acreedor mayor probabilidad de ver satisfecho su interés, ya que se amplía su poder de agresión a un patrimonio distinto del originariamente responsable<sup>17</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS

Las Normas del contrato de fianza disponen en el artículo 3, que la Fianza es:

1. Consensual;
2. Subsidiaria<sup>18</sup>;
3. Onerosa<sup>19</sup>;

---

17 Martín M., Virginia. “La Fianza: Tratamiento Jurídico En el Derecho Español y en la Contratación Internacional”. Disponible en: [https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/13276/1/0213-988X\\_16\\_189.pdf](https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/13276/1/0213-988X_16_189.pdf), p. 200.

18 Implica que la obligación del fiador es subsidiaria a la del deudor principal, de modo que, pese a que la obligación del fiador se perfecciona al concurrir su consentimiento, este solo responderá cuando el deudor principal incumpla la obligación que garantiza la fianza. Gómez V., Manuel A. “Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: a propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 14, 2021, p. 635. Disponible en: <https://revista-aji.com/examen-de-las-clausulas-abusivas-en-el-contrato-de-fianza-a-proposito-de-la-fianza-solidaria-y-la-renuncia-a-los-beneficios-de-orden-division-y-excusion/>

19 El contrato de fianza nació siendo gratuito, pero se consideró que en determinadas circunstancias pueda pedirse una retribución económica, como terminó siendo en los contratos bancarios y de seguros. Para Gorronzona: “[s]egún la doctrina tradicional, el contrato de fianza es gratuito, salvo que el acreedor haya convenido en remunerar al fiador (si la remuneración ha sido prometida por el deudor en nada varía la naturaleza del contrato, ya que como se ha dicho, el deudor, no es parte del mismo). *Vid.* Aguilar G., José L. *Contratos y Garantías. op. cit.*, p. 21. Cuando quien emite la fianza sea un comerciante la condición de onerosidad es ingénita a la misma. Analógicamente, el artículo 3 de las Normas que regulan el contrato de seguro y de medicina prepagada dispone, que: “Los contratos a los que se refieren estas Normas, cualquiera sea su modalidad, se considerarán mercantiles, cuando sean suscritos entre comerciantes. Si el tomador, asegurado, contratante, beneficiario y usuario o afiliado no es comerciante, sólo tendrá carácter mercantil para la otra parte”. Adicionalmente, las aludidas normas establecen en el artículo 155, como objeto del contrato de fianza, que: “[e]l contrato de fianza garantiza las obligaciones contraídas voluntariamente por el afianzado, a cambio de una contraprestación por asumir las consecuencias de su incumplimiento, salvo prohibición expresa de la ley”. Es claro que el contrato de fianza no es un seguro, sin embargo, lo que señala el enunciado citado es la naturaleza mercantil que acompaña a las empresas de seguros. En España tiene un significado especial determinar si en una fianza subyace el espíritu de lucro o no y por lo tanto si tiene carácter de consumidor aquel que emite la fianza, ello de cara a determinar si son aplicables las previsiones legales

#### 4. Accesorio a una obligación principal<sup>20</sup>.

##### A. ¿Es el contrato de fianza consensual?

Un contrato consensual, por excelencia, se perfecciona con el consentimiento de las partes<sup>21</sup>. Ahora bien, ¿Se puede solicitar la ejecución del contrato de fianza por el mero consentimiento? No ha sido discutido jurisdiccionalmente que en la actividad aseguradora alguien pueda alegar

---

contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Si la persona que emite la fianza es consumidora se podrán se anular algunas cláusulas cuando estas vulneren normas relativas al consentimiento. Sobre el particular, indicó Gómez, que de la proposición “ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial” “(...) surge un problema desde la perspectiva de las personas jurídicas, pues en la fianza mercantil, cuyo objeto es garantizar una obligación relativa al comercio, la actividad comercial o empresarial siempre va a estar presente, aun cuando la actividad comercial o empresarial siempre va a estar presente, aun cuando la mercantil fiadora actúe sin ánimo de lucro y al margen de su propia actividad empresarial. Puede ocurrir que una empresa perfeccione con una entidad bancaria un contrato de préstamo común a un fin adscrito a su actividad y, siendo requisito esencial para la financiación la perfección de un afianzamiento, otra empresa, que no está vinculada con la prestataria y actuando desde el altruismo, garantice mediante una fianza solidaria y con la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, la satisfacción del crédito. El quid de la cuestión, a fin de reputar a esta como consumidor, es la dicción del segundo párrafo del art. 3 TRLGDCU que dice que la persona jurídica podrá ser consumidor siempre que actúe sin ánimo de lucro ‘en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial’”. Gómez V., Manuel A. “Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: a propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión”, *op. cit.*, p. 647.

20 La fianza se explica por la existencia de una obligación principal de la cual el fiador no es más que un garante; en efecto, no tiene otro objeto que garantizar la ejecución de una obligación principal, no de un contrato principal, porque la fianza puede garantizar obligaciones que no tienen como causa inmediata un contrato como son las que nacen de la Ley: obligaciones nacidas del hecho voluntario de una persona como las del heredero que aceptó la herencia; las originadas por el hecho de inferir daño a otra persona, como las obligaciones que emanan de un hecho ilícito. Zambrano V., José A. *El contrato de fianza en el derecho venezolano*, *op. cit.*, p. 48.

21 A criterio de Melich-Orsini, “El contrato se llama consensual cuando de perfecciona por el simple consentimiento de las partes, ej.: el arrendamiento, la venta, el contrato de trabajo, etc. (...). En fin, se habla de contrato solemne cuando, no bastando tampoco el simple consentimiento para el perfeccionamiento del contrato, se requiere que las partes cumplan alguna formalidad, distinta de la remisión de una cosa, para que el contrato adquiera existencia, p. ej.: la hipoteca (Art. 1879), la donación (Arts. 1439 y 1441), el seguro (Art. 549 C. Com.), el mandato judicial (Art. 151 CPC), la letra de cambio (Art. 411 C. Com.), etcétera”. Seguidamente, indicaría que: “Esta clasificación nos conduce al estudio del principio de consensualismo en la formación de los contratos, esto es, la regla propia del derecho moderno según la cual los contratos se perfeccionan, por lo general, mediante el simple consentimiento de las partes, sin necesidad de que se exija ninguna ritualidad o forma”. Melich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. 4ta Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006, pp. 40-41.

la existencia de un contrato de fianza por el simple hecho que hubo negociaciones previas, o que se celebró el contrato de fianza verbal, más todavía cuando se exigen ciertos requisitos de ineludible ejecución. Una de ellas es que el contrato requiere de aprobación previa por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora; debe pagarse la prima o monto del contrato antes que se piense que realmente existe; deben tener contragarantías y estar reafianzadas<sup>22</sup>; las contragarantías deben ser autenticadas. Todas estas características impiden que se pueda considerar al contrato de fianza como meramente consensual<sup>23</sup>.

A corolario de lo anterior, es prácticamente imposible que en una fianza en la que intervenga la empresa de seguros se pueda solicitar su cumplimiento sin que medie la existencia de un contrato escrito con una serie de exigencias establecidas en la Ley y en las normas que se establezcan al respecto. Es importante mencionar que la fianza pese a no ser un contrato de seguros tiene un tratamiento similar, en cuanto a las formalidades, de cara a la Ley de la Actividad Aseguradora. Es criterio de la doctrina que la fianza no es un contrato de seguros pero que si es una operación de seguros porque está establecida en la ley de la Actividad aseguradora como una operación regulada.

De igual forma, anticipándonos a las eventuales conclusiones a la que llegaremos, el contrato de fianzas emitido por empresas de seguros, que es un sujeto mercantil, es solemne ya que debe constar por escrito por lo definido en el Código de Comercio en el artículo 545.

## **B. El contrato solemne**

El contrato solemne se define como aquel que para su perfeccionamiento está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. De conformidad con este concepto general, la forma prescrita es esencial e intrínseca a la existencia y

---

22 El Artículo 25, N° 21 de la Ley de la Actividad Aseguradora, establece que: “Artículo 25. Queda prohibido a los sujetos regulados, según corresponda, lo siguiente: (...*Omissis*...) N° 21 Emitir contratos de fianza sin contar con el respaldo de la respectiva contra garantía y los contratos de reaseguros o reafianzamientos”.

23 A criterio de Aguilar, el contrato de fianza “en nuestro Derecho Civil es consensual. En Suiza, Alemania y Perú, para proteger al fiador contra el riesgo de un asentimiento apresurado, se exige *ad solemnitatem* la celebración del contrato por escrito, tal como lo exige nuestro Código de Comercio en orden a la fianza mercantil (C. Com., artículo 545)”. Aguilar G., José L. *Contratos y Garantías. op. cit.*, p. 20.

validez jurídica del contrato. Doctrinalmente, como veremos más adelante, el contrato formal va más allá de la simple firma de un documento, y puede requerir la celebración de ritos específicos o la adhesión a normas legales particulares para adquirir vigencia. Según Mélich-Orsini:

(...) en el caso de excepción en que el derecho moderno para el perfeccionamiento del contrato exige el cumplimiento de una solemnidad, no se perfecciona el contrato hasta tanto no se cumpla dicha solemnidad. El simple acuerdo de voluntades no basta entonces para que surjan obligaciones entre las partes. Se trataría de un pacto sin valor obligatorio (ver Art. 1352). Los motivos que han llevado al legislador a mantener la existencia del formalismo en el derecho moderno son de diferentes especies. Algunas veces su finalidad ha sido asegurar un consentimiento libre y proteger a los contratantes (...); otras veces, también en protección del contratante, ha buscado que el cumplimiento de la formalidad sirva para advertir a la parte que se obliga acerca de la importancia del acto que cumple, como en la hipótesis de la donación (...) y otras, en fin, ha sido más bien la estabilidad y certeza del comercio jurídico, esto es, la protección de los terceros que tratan con el titular aparente de derechos reales sobre una cosa, el motivo que ha inspirado la reglamentación formal del contrato, como es el caso de la hipoteca (...) <sup>24</sup>.

La Formalidad *ad solemnitatem* (o *ad substantiam*) está definida por la naturaleza obligatoria de la forma prescrita. El legislador impone su cumplimiento, y su inobservancia, como se señaló, conduce irremediablemente a la nulidad del acto. Esta es una diferencia crítica con la forma *ad probationem*, donde la forma solo sirve como un medio de prueba de la existencia del acto, sin afectar su validez intrínseca.

Precisa Mélich-Orsini que no deben confundirse las formalidades necesarias para perfeccionarse el contrato (*ad solemnitatem* o también *ad substantiam*) con otras clases de formalidades como la *ad probationem*, que alude a la comprobación del hecho de su celebración, v.g. el artículo 1387 que establece que aquellas obligaciones que exceden de Bs. 2000 se prueban con documentos públicos o privados; las de publicidad, que se

---

24 Mélich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato.*, op. cit. p. 42.

contraen a determinar cuándo un contrato pese a ser válido y ser reconocido por las partes como perfecto, también podría tener validez para terceros que podría derivar algún perjuicio, y de las conocidas como formas habilitantes, denominadas de esa manera a las autorizaciones judiciales necesarias para integrar el poder del representante legal de los incapaces<sup>25</sup>.

## 1. La formalidad de la fianza en el derecho romano

Sobre la base de lo anterior, en el derecho romano existieron tres (3) grandes contratos que sirvieron de fundamento al todavía vigente contrato de fianza. Su revisión creemos que es necesaria para entender la formalidad que subyace a esta clase de contratos y, aun cuando, por regla general, se entienda consensual todos sus hitos se han levantado desde ciertas formalidades que persiguen proteger a los acreedores y, en el caso de la actividad aseguradora, a los afianzados y a los acreedores. En ese sentido, los contratos eran los siguientes:

- a. *Sponsio*;
- b. *Fidepromissio*;
- c. *Fidejussio*.

Por el carácter formalista del viejo derecho romano, la fianza se comprometía mediante *stipulatio* o *adstipulacion* y para que la correalidad resultara de la *stipulatio* era preciso: *i)* que hubiera tantas preguntas como de *rei* unidas entre sí por los lazos de la correalidad activa, de los promitentes en la pasiva; *ii)* que las preguntas se hubiesen formulado antes que el o los promitentes contestasen; y *iii)* que todos los promitentes, caso de ser varios se adhiriesen simultáneamente a las preguntas anteriores<sup>26</sup>.

En la *sponsio* el acreedor preguntaba al fiador: *spondesne idem dare?* El fiador respondía: *spondeo*.

El compromiso era irrestricto de cada uno de los deudores por separado, es decir, no era requerido que el acreedor persiguiera primero al deudor principal. El acreedor podía exigir el pago de la deuda íntegra de aquel que entre los coobligados eligiera<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Ibid., p. 43-45.

<sup>26</sup> Zambrano V., José A. *El contrato de fianza en el derecho venezolano*, op.cit., p. 45.

<sup>27</sup> *Ídem*, p. 46.

*Fidepromissio*. Se evolucionó y salvó algunos inconvenientes del sistema anterior. El fiador podía ser ciudadano o peregrino. Cuando Roma se abrió paso al comercio se inventó la *fidepromissio* que permitió a estos sujetos hacer uso legal del beneficio de fianza.

El *fidepromissor* respondiendo afirmativamente a la fórmula: *idem fide promitis*, se obligaba del mismo modo.

*Fidejussio*. En la *fideiussio* se utilizaba el verbo *fideiubeo*, de profundo significado. En ella, para graficar la formulación de este contrato, el acreedor Marco, suponiendo que Nevio fuese el deudor principal, interrogaba así al fiador (*fideiussor*): *Quod Naevius mihi debet, id fide tua esse iubes* (¿Deseas hacerte cargo de lo que Nevio me debe según tu buena fe?), *Fideiubeo* respondía este. *Fideiubeo* se compone de *iubere* (desear y también ratificar) y *fides* (buena fe, lealtad, y también responsabilidad), con lo cual es fiador, al emplear este término en su contestación venía a decir: Deseo que la deuda se apoye y quede garantizada en base a mi buena fe y lealtad, esto es, se responsabilizaba en caso de incumplimiento del deudor principal<sup>28</sup>.

Entre sus principales características están: i) la nueva promesa era subsidiaria (se podía perseguir al deudor principal sin perder el derecho de ir contra el fiador; ii) se podía afianzar cualquier obligación; iii) si el fiador prometía otra cosa el compromiso era nulo y si lo excedía era válido en la medida de aquella<sup>29</sup>.

## **2. Formas del contrato de fianza en la regulación de la actividad aseguradora**

Las Normas que regulan el contrato de fianza y sus condiciones generales en la actividad aseguradora establecen en el artículo 9, De las condiciones formales, todo el conjunto de requisitos que debe tener ese contrato, tanto de identificación de la empresa como sujeto regulado, forma que deberá tener el contrato, desde la fuente que debe tener ese documento escrito, la personalización del contrato y las condiciones generales que son impuestas por la SUDEASEG, entre otras.

28 Disponible en: <https://www.derechoromano.es/2012/08/fideiussio-fianza.html>

29 Zambrano V., José A. *El contrato de fianza en el derecho venezolano*, op.cit., p. 48.

La libertad de forma<sup>30</sup> está excluida de la actividad aseguradora, precisamente porque el artículo 53 de la Ley, *ut supra* citada, dispone que toda fianza debe aprobarse previamente por la SUDEASEG, dando poco margen a las partes para que decidan a libre discreción su forma. La materia puede ser determinada por las partes, pero, debe aprobarse previamente por el órgano de control.

El artículo 12 de las Normas de contrato de fianza, *De las contragarantías*, dispone que: “[e]n los casos de prendas e hipotecas, además de las condiciones requeridas para toda contragarantía, deben estar autenticadas o protocolizadas según sea el caso”. Las formas *ad solemnitatem* que alcanzan a la contratación de contragarantías suponen, a los efectos de la regulación, que si no se constituyó la misma de forma apropiada, dependerá del contragarante si responde o no. En efecto, para la Superintendencia, si la prenda o hipoteca no fue notariada ni protocolizada puede entenderse como no realizada y acarrear las sanciones establecidas en la Ley.

Es importante señalar que si la prenda o la hipoteca no están notariadas no pierden su valor entre las partes dado que queda como un documento privado no oponible a terceros. En ese sentido, queda por determinar los derechos que pudieran ejercerse como documento privado sin la solemnidad, esto independientemente de las consecuencias de su no oponibilidad frente a terceros y de las sanciones a que estarían sujetos (sanción). De igual manera, con respecto a la autenticación de las fianzas, otorgada ante un funcionario y con las solemnidades establecidas para este tipo de instrumentos, no implica su validez si el contrato fue elaborado sin cumplir las formas establecidas o no autorizadas por el órgano de control. Las formalidades específicas exigidas para los contratos solemnes, como es el de fianza, incluyen un documento escrito, autenticación, entre otros rituales. En materia civil un ejemplo típico de un contrato solemne es el matrimonio, que requiere la celebración de ciertos ritos, no necesariamente sacramentales, para adquirir validez legal. Su profundo impacto en el estado civil y el derecho de familia exige una estricta observancia formal. En efecto, si el contrato de fianza no está escrito o autenticado no se perfecciona y no es válido, no ocurre lo mismo si se suscribe sin las

---

30 La norma en cuestión hace referencia a la denominada libertad de forma, esto es, que el agente o los agentes pueden exteriorizar su voluntad de la manera que mejor lo estimen: expresa o tácitamente. *Vid.* Ortega P., Marco A. “Algunas reflexiones sobre la regulación de la forma contractual en el código civil de 1984”, *op. cit.*, p. 135.

contragarantías respectivas.

De igual manera, el artículo 28 de las Normas del contrato de fianza, De las condiciones generales, dispone que: “[t]odo contrato de fianza debe suscribirse con las condiciones generales que se establecen a continuación, cualquiera sea su naturaleza, persona, ente u Órgano con quien se suscriba. Tales condiciones tendrán carácter general y uniforme”.

Ahora bien, es claro que las empresas de seguros no pueden emitir contratos de fianza sin la previa autorización por parte del órgano de control, y adicionalmente deberán cumplirse con ciertos requisitos formales (escritura, autenticación, suscripción de reafianzamientos, contratación de contragarantías o suscritos por quienes tengan la cualidad para comprometer patrimonialmente a la empresa de seguros, etc.). Sin embargo, todos esos valladares establecidos en la Ley y las Normas del contrato de fianza no impiden, per se, que las empresas de seguros suscriban contratos de fianza y que los mismos sean válidos, incluso, en supuestos *contra legem*, y la razón es que abjurar de su condición consensual implica que si las partes llegan a un acuerdo y se firma el contrato se entenderá perfeccionado. Imaginemos que el contrato de fianza fue suscrito por quien no tenga la cualidad para comprometer patrimonialmente a la empresa de seguros, la ausencia de ese requisito formal implicaría su no perfeccionamiento, sin embargo, su inobservancia solo acarrearía una sanción para la empresa de seguros, de conformidad con el artículo 130 de la Ley de la Actividad Aseguradora.

En un fallo de la Sala de Casación Civil, la empresa aseguradora argüía, con fundamento en el artículo 547 del Código de Comercio, disposición legal denunciada por la aseguradora, por falsa aplicación, que la Fianza de Fiel de Cumplimiento no es un contrato nominado de fianza mercantil y, por tanto, no la hace responsable en los términos del artículo 547 del Código de Comercio, a saber, “no responde solidariamente como el deudor principal”; sin embargo, a criterio de la Sala el cumplimiento de contrato demandado no vale por su denominación, sino por la manifestación de voluntad de las partes contratantes plasmada en el contrato, lo cual es perfectamente posible y reconocido en nuestro derecho positivo<sup>31</sup>. El fallo

---

31 Sala de Casación Civil, sentencia N° RC.000766, de fecha 10 de diciembre de 2012, caso: *Antonio José Nardelli Salazar contra Universitas de Seguros, C.A.* Vid. Criterios jurisprudenciales en la Actividad Aseguradora. El contrato de fianza. Superintendencia de la Actividad Aseguradora, Caracas, 2023, p. 184.

da cuenta que no cumplir con las formas exigidas en el contrato de fianza no lo invalidan, siempre que la voluntad de las partes pueda ser ostensible de su contenido. Otro ejemplo podemos observarlo en el caso de las fianzas judiciales, las cuales se levantan en presencia del Juez y debe ser firmada por el fiador. El Código de Comercio en el artículo 545, establece, a propósito de lo anterior, que: “Debe celebrarse necesariamente por escrito, cualquiera que sea su importe”.

Ello así, si el contrato de fianza es solemne por las razones que se han expuesto a lo largo del presente trabajo, no está escrito, no se aprueba previamente, no contiene sus requisitos esenciales y condiciones de forma, entonces no debería ser válido, no se perfecciona o, en última instancia, es nulo; empero, declarar su nulidad operaría en detrimento del afianzado, quien no debería estar al tanto de saber todo el conjunto de regulaciones de la fianza en la actividad aseguradora. El aforismo *utile per inutile non vitiatur* se erige en situaciones como la planteada, únicamente porque, como se indicó, la consensualidad parece ingénita a los contratos de fianza y una invalidez o nulidad ofrecería poca utilidad práctica.

En ese sentido, en los contratos de fianza la observancia de la forma prescrita bajo sanción de invalidez o nulidad se enumera explícitamente como un elemento esencial de un acto jurídico. Esto sitúa al cumplimiento formal al mismo nivel que otros requisitos fundamentales, como: la capacidad legal de las partes, la ausencia de vicios del consentimiento (como el error, el dolo, la violencia o la lesión), y la licitud del objeto, motivo o fin. Ahora bien, la validez del contrato de fianza emitido por una empresa de seguros dependerá de un análisis pormenorizado de la forma incumplida, especialmente porque deben preservarse los derechos de los afianzados y acreedores. Grafiquemos lo antes dicho, si el contrato no es escrito, difícilmente, pueda ser válido y opinable a persona alguna; pero si no fue aprobado por la SUDEASEG (condición regulatoria formal), será válido con la salvedad que la empresa puede ser sancionada. Lo mismo pudieramos decir de la autenticación de la fianza.

### **3. La Sanción por el incumplimiento de formalidades**

Ahora bien, si bien la nulidad está descartada, el artículo 130 de la Ley de la Actividad Aseguradora establece una serie de sanciones administrativas a las empresas de seguro en el caso que emitan contratos de fianza sin cumplir con ciertos requisitos ineludibles:

### **a) Emitir contratos de fianza no autorizados**

Multa de Diez Mil (10.000) a Veinticinco Mil (25.000) veces el tipo de cambio de referencia<sup>32</sup> a las empresas de seguros que emitan contratos de fianzas que: no estén previamente aprobados por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora o suscritos por quienes no tengan la cualidad para comprometer patrimonialmente a la empresa de seguros.

Esta prohibición está relacionada con la potestad autorizatoria de la Superintendencia, consagrada en el artículo 53 de la Ley de la Actividad Aseguradora, en tutela de los derechos de los afianzados y de la propia empresa de seguros. Asimismo, emitir fianzas por personas que no tengan la cualidad para comprometer patrimonialmente a la empresa de seguros opera a favor de los afianzados, frente a una posible defensa de las aseguradoras, de no responsabilizarse si la póliza fue suscrita por alguien que no tiene las atribuciones para ello.

### **b) No establezcan la subrogación de los derechos y la caducidad**

#### **(1) De la Subrogación**

Serán sancionadas las empresas que no establezcan la subrogación de los derechos, acciones y garantías que tenga el acreedor contra el deudor o no estipulen la caducidad de las acciones contra la empresa de seguros al vencimiento de un lapso que no podrá ser mayor de un (1) año, contado desde la fecha en que el acreedor tenga conocimiento del hecho que da origen a la reclamación.

Las empresas de seguros, en el caso que se ejecute la fianza, debe contar con todas las herramientas que le permitan satisfacer lo pagado. En ese sentido, si con el ánimo de resultar favorecido en un contrato fianza la empresa de seguros elimina la subrogación de derechos, tal decisión no

---

<sup>32</sup> El tipo de cambio de referencia, según el artículo 4, numeral 29, lo define como: “El tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela, según el promedio ponderado resultante de las operaciones diarias de las mesas de cambio activas de las instituciones bancarias participantes”.

solo afectaría su patrimonio, sino el de la masa de afianzados y asegurados.

## (2) De la caducidad<sup>33</sup>

La caducidad es uno de los principales inconvenientes que repercuten en el contrato de fianza, especialmente por la laxitud de criterios que se ventilan en los tribunales. La ley establece que la caducidad no podrá ser superior a un año, pero este lapso, en ocasiones, se dilata injustificadamente por causas del acreedor y no es apropiadamente analizada por los jueces. Contar con tiempos medibles objetivamente permea en la seguridad jurídica. La expresión “desde que ocurre un hecho que de lugar a la reclamación de la fianza sin que se hubiere incoado la correspondiente demanda ante los tribunales” se ha entendido como una *tábula rasa* para algunos jueces. Su amplitud implica una carga para el afianzador en cuanto a determinar desde cuando pudo tener noticias del incumplimiento. Por tal motivo, mantener un control de la fianza, antes y durante su ejecución permitirá tener más control sobre el momento en el que se verificó el incumplimiento por parte del deudor.

---

33 Señala Pedro Alid Zoppi que la caducidad legal es la única que puede alegarse como cuestión previa y, la caducidad contractual solo puede invocarse como una cuestión de fondo. En efecto, a juicio de este autor: “la caducidad, que puede hacer valer como cuestión previa, es la prevista expresamente por la ley, pero no la llamada ‘caducidad contractual’, pues se agregó la frase ‘establecida en la ley’, de modo que la contractual es ahora una defensa de fondo. Nuestra jurisprudencia había admitido la posibilidad de una caducidad contractual, pero siempre alegable como excepción y nunca posteriormente. Ahora bien, está claro que la caducidad –aun legal– tiene que hacerse exclusivamente como cuestión previa o al contestar, de modo que no se admitirá lo que se invoque posteriormente (argumentos de los artículos 347, 348 y 361)”. Véase: Alid Zoppi, Pedro. *Cuestiones Previas y Otros Temas de Derecho Procesal*. Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1993, p. 19. En similares términos se ha pronunciado Duque Corredor, al señalar lo siguiente: “En este punto cabe que nos preguntemos si puede oponerse la cuestión previa cuando la caducidad es contractual y no legal. La caducidad contractual no puede ser objeto de cuestión previa. En mi criterio, sólo cabe promover la caducidad contractual como una defensa perentoria, de acuerdo a lo previsto en el artículo 361. En efecto, sería otra defensa más en contra del mérito principal del asunto, que evitaría la discusión acerca de la procedencia o no de la cuestión previa”. Véase: Duque Corredor, Román J. *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Ediciones Fundación Projusticia, Caracas, 2000, p. 215. A criterio de Rondón Haaz, “(...) la caducidad afincada en fuente extralegal, como lo es el contrato, no puede ser alegada como cuestión previa con perspectivas de éxito en estrados, sino, igualmente, que la caducidad afincada en el contrato, tal como ocurre en Venezuela... es una defensa de fondo, que solo puede ser opuesta en la oportunidad de la contestación de la demanda, entendido este acto del proceso de la novísima manera que ahora establece el vigente Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 346 y 358”. Véase: Rondón Haaz, Pedro. “El Procedimiento de Reclamo ante los Aseguradores. Derecho y Seguros”. En: *XIII Jornadas J.M Domínguez Escovar en homenaje al XXV Aniversario de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara Caracas, 1988, p. 168.

La caducidad puede ser legal o convencional. La Sala Político Administrativa ha establecido que la caducidad consagrada en las condiciones generales de los contratos de fianza suscritos por las empresas de seguro es de naturaleza contractual. En efecto, en sentencia N° 01621, de fecha 22 de octubre de 2003, caso: *Municipio Autónomo Zamora del Estado Miranda contra Seguros Bancentro C.A.*, estableció que: “(...) 1.- La caducidad es una institución procesal concebida como un modo de extinción de los derechos en virtud del transcurso del tiempo. En particular, la caducidad de la acción está referida a la pérdida irreparable del derecho de accionar como una consecuencia de no haberse ejercido este derecho dentro del lapso que ha establecido la ley”.

Señalaría el fallo, con relación a la caducidad legal y contractual, que:

Preciso es advertir que la figura aludida precedentemente es la caducidad *ex lege*, es decir, la que ha sido determinada por el legislador, y que debe distinguirse de aquella que es producto del acuerdo entre las partes.

En efecto, el hecho de que la caducidad sea determinada por ley, en principio no es óbice para que las partes convengan el establecimiento de un lapso de caducidad en determinadas materias, en tanto que tal proceder esté permitido por el legislador. Tal es el caso de la Ley de Empresas de Seguros y ReaSeguros (publicada en Gaceta Oficial No. 4.865 Extraordinario del 08 de marzo de 1995), en cuyo artículo 115 se dispone:

‘Las fianzas que otorguen las empresas de seguros, de cualquier naturaleza que ellas sean, deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) c) El documento debe contener condiciones tales que establezca la subrogación de los derechos, acciones y garantías del acreedor principal contra el deudor; la caducidad de las acciones contra la empresa aseguradora al vencimiento en un plazo que no podrá ser mayor de un año desde que el acreedor principal tuvo conocimiento del hecho que da origen a la reclamación; y la obligación de este último de notificar a la empresa aseguradora, tan pronto como tenga conocimiento

de ello, de todo hecho o circunstancia que pueda dar origen a reclamo.’

Ortiz Ortiz establece duras críticas en contra de la caducidad contractual al concebirla como una institución inconstitucional. Argumenta que la consagración legal de la caducidad no es necesariamente inconstitucional, pero “el establecimiento de caducidad contractual es francamente contrario a Derecho”. A su juicio, podría atentar contra el principio de tutela judicial efectiva, en virtud que el “(...) acceso a la jurisdicción es irrenunciable y está unido a los derechos de la personalidad, por lo que es inconcebible que las partes en un contrato establezcan que la rescisión del mismo se intenta en el lapso de un mes, o que de alguna manera se impida discutir las cláusulas por ante los órganos jurisdiccionales”<sup>34</sup>.

### **(3) No indique el monto exacto garantizado y su duración**

Las fianzas no pueden establecerse por montos indeterminados, cuantía incierta o eventual. Es necesario que la fianza se otorgue por una suma limitada, dentro de la cual estará obligado el fiador<sup>35</sup>. Fianzas *sine die* y cuyo monto puede ser alterado arbitrariamente por el acreedor y deudor conspira en contra de la realidad y de la naturaleza que determina dicho contrato.

## **III. FORMALIDAD Y PROHIBICIONES LEGALES**

Otro aspecto estrictamente vinculado con la formalidad de la fianza se vincula con las prohibiciones, vale decir, aquello que las empresas de seguros no pueden hacer. Tales prohibiciones están consagradas en el artículo 54 de la Ley de la Actividad Aseguradora, el cual dispone: “[l]as empresas de seguros no podrán emitir garantías financieras, avales o fianzas a primer requerimiento”. Asimismo, el propio artículo aclara que

34 Ortiz O., Rafael. *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*. Editorial Frónesis, S.A., Caracas, 2004. p.799 y 806.

35 Tales exigencias están consagradas en el Código Suizo y sobre el particular se refirió Rossel en el siguiente tenor: “la fianza es uno de los instrumentos más activos, así como también de los más peligrosos del crédito. Se afianza con frecuencia con la esperanza de no ser jamás requerido; se afianza a veces, más allá de las propias fuerzas y son innumerables los desastres financieros que tienen su origen en fianzas otorgadas a la ligera. Tanto que los poderes públicos han pensado en diversos países en reaccionar contra la libertad de afianzar”. Véase: Zambrano V., José A. *El contrato de fianza en el derecho venezolano*, op. cit., p. 111.

debe entenderse por cada una de estas figuras, en los términos siguientes: i) garantías financieras: “(...) aquellas operaciones en la cual se presenten al menos una de las siguientes características: la obligación principal afianzada consiste únicamente en el pago de una suma de dinero a plazo fijo o que el contrato que dé lugar a la fianza tenga una finalidad crediticia”; aval: “(...) la garantía que se otorgue al acreedor de un instrumento financiero por medio del cual el garante se obligue a pagar cuando el o los deudores del referido instrumento no cumplan”; fianza a primer requerimiento: “(...) aquella mediante la cual, a los efectos de cumplir con la obligación afianzada, sólo sea necesaria la presentación de una exigencia de pago escrita o de cualquier otro documento indicado en el texto de la fianza”. Asimismo, emitir garantías financieras comporta la imposición de una sanción, consagrada en el artículo 130 de la Ley de la Actividad Aseguradora: “Las empresas de seguros que emitan garantías financieras, avales o fianzas a primer requerimiento serán sancionadas con multa de Veinticinco Mil (25.000) a Cincuenta Mil (50.000) veces el tipo de cambio de referencia”.

### **A. Origen de la prohibición**

Luis Ávila Merino establece con muy minuciosa explicación los orígenes de la fianza, indicando que la Ley de Inspección y Vigilancia del año 1936 nada establecía sobre fianzas, ni sobre el otorgamiento de avales, la razón, a su juicio, es que las empresas de seguros hasta entonces y muchos después no fueron requeridas fianzas, ni avales<sup>36</sup>.

Para el autor en referencia: “(...) ya en la década del 50, con la dictadura y la política de ejecución de obras a través de la contratación, a las empresas de seguros les serían solicitadas fianzas, principalmente de cumplimiento y anticipo; algún tiempo después vendrían los avales, en principio sin ningún tipo de reafianzamiento y posteriormente algunas empresas sí contarían con el respaldo del reafianzamiento adecuado. Con la caída de la dictadura y la delicada situación del país para la época, comienzan las inejecuciones de obras, los requerimientos de cumplimiento de pago de las obligaciones cambiarías las cuales habían sido avaladas, lo que generó para las compañías de seguros reclamaciones por el orden de Bs. 580.000.000,00”<sup>37</sup>.

---

36 Ávila M., Luis. “La fianza en el objeto social de las compañías de seguros”. *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 44, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1992, p. 18.

37 *Ibid.*, p. 19.

Sobre dicha situación, indica Ávila, citando a Giménez Anzola, quien expuso un argumento bastante peculiar para excluir la responsabilidad de las empresas de seguros frente a una eminente debacle: “(...) todos los avales y la mayoría de las fianzas no obligaban a las empresas aseguradoras por no estar en el objeto de la compañía, y de allí que los administradores hayan actuado en exceso de su mandato”<sup>38</sup>.

La idea central de su argumento es que al no estar establecido explícitamente en el objeto social de las empresas de seguros emitir avales por medio de sus administradores o socios, todo contrato suscrito es nulo. El problema de ese razonamiento es que concibe una carga a las personas que contratan con las empresas de seguros de verificar sus estatutos para poder validar si para lo que contrataron estaban dispuestos en sus objetos. Tal razonamiento es conteste con las consecuencias que subyacen a no seguir determinada forma en la suscripción del contrato de fianza.

Las reaseguradoras de alguna manera compraron el argumento de Giménez Anzola y se negaron a pagar los avales “(...) basados en el hecho de que sus contratos de reaseguro establecían el respaldo a las garantías otorgadas, queriendo ellos incluir las fianzas y excluir los avales; obviamente sus argumentos no progresaron por el simple hecho de que tanto aval como fianza son garantías”<sup>39</sup>.

El problema de la ejecución de los avales significó la quiebra de 10 empresas de seguros y que se tuviera que regular las actividades que podían desarrollar las empresas de seguros. En ese sentido, se prohibió en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1965 el otorgamiento de avales y fianzas para el pago de cantidades de dinero, mediante las llamadas garantías financieras; en el mismo tenor actuaron las reafianzadoras al excluir las garantías financieras de los contratos de reafianzamiento<sup>40</sup>.

Las razones por las cuales se prohíben los avales podrían tener respuesta en la forma cómo se obliga directa y principalmente la empresa de seguros. En ese sentido, en cuanto a la naturaleza jurídica de los avales en el derecho venezolano, Muci-Abraham indica lo siguiente:

---

<sup>38</sup> *Ídem*.

<sup>39</sup> *Ídem*.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 20.

En nuestro derecho, el aval engendra una obligación a cargo de su prestador que es formalmente accesoria de la obligación del sujeto cambiario garantizado, pero que en nada depende de la validez material de esta última obligación, cuya causa puede hasta ser ilícita, sin que la obligación del avalista se vea afectada por esa ilicitud.

(...*Omissis*...)

Al propio tiempo, el aval representa una garantía objetiva, porque el compromiso del avalista no consiste en cumplir la obligación existente a cargo de su garantizado, si éste no lo hace. El avalista asume una obligación propia y directa de pagar (v. supra, núm. 4). Esto es precisamente lo que explica la autonomía material entre las obligaciones del avalista y del avalado<sup>41</sup>.

Las garantías financieras, los avales y las fianzas a primer requerimiento están emparentadas con negocios de crédito, generalmente asumidos por instituciones financieras, quienes, en virtud del incumplimiento de pago, podrán ejecutar la fianza sin que se necesite cumplir una condición particular. El problema es que afianzar una deuda elimina la aleatoriedad. Los deudores podrán, aposta, decidir no pagar porque su deuda está afianza y terminará cubriéndola la empresa aseguradora, haciendo abstracción del hecho que una vez hecho el pago aquéllas puede ir contra el deudor principal puesto que paga por cuenta de otro.

La prohibición establecida en la Ley de la Actividad Aseguradora es conteste con los requisitos *ad solemnitatem* en los contratos de fianza, sin embargo, disponer dichos conceptos en esta clase de convenios no los anulan y sí por el contrario comportan una sanción para las empresas de seguros.

## CONCLUSIONES

1. El contrato de fianza necesita del cumplimiento de ciertos requisitos *ad solemnitatem* para que pueda ser exigible en la

---

41 Muci-Abraham, José. *Estudios de derecho cambiario*. Ediciones Schnell, C.A., Caracas, 1984, p. 172.

actividad aseguradora no obstante que el artículo 3 de las Normas del contrato de fianza disponga que es consensual.

2. La fianza emitida por las empresas de seguros es solemne dado su carácter mercantil al estar emitida por un comerciante según el artículo 545 del Código de Comercio, quedando la consensualidad para la fianza Civil. Sin embargo en estos días es poco probable que ningún tipo de fianzas se de de forma consensual, al menos en la forma verbal.
3. La consensualidad en el contrato de fianza, como en el comercio, se aplica en beneficio de su celeridad y dinamismo, pero dicha situación no debería contravenir las formas esenciales que se exigen en la actividad aseguradora.
4. Los contratos solemnes representan una excepción fundamental al principio de consensualidad en el derecho civil, distinguiéndose por la exigencia ineludible de observar formalidades legales específicas para su validez intrínseca. Su característica definitoria reside en su mecanismo de perfeccionamiento, que demanda un cumplimiento formal antes que el mero consentimiento. Las consecuencias jurídicas de la inobservancia son la inexistencia, invalidez o la nulidad. En el contrato de fianza debería operar tales consecuencias, pero la Ley y las Normas sobre el contrato de fianza optan por la sanción pecuniaria a la aseguradora.
5. Las garantías financieras están prohibidas en la Ley de la Actividad Aseguradora porque podría eliminar la aleatoriedad, la cual es parte formal de la fianza, por lo tanto, las empresas de seguros que las emitan serán sancionadas con multa de Veinticinco Mil (25.000) a Cincuenta Mil (50.000) veces el tipo de cambio de referencia.
6. El requisito de las solemnidades supera su concepción probatoria; actúa como una protección para los afianzados y acreedores, asegurando que el consentimiento se proteja a través de un estricto andamiaje formal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Aguilar G., José L. *Contratos y Garantías*. Universidad Católica André

Bello, Caracas, 2006.

Gómez V., Manuel A. “Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: a propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 14, 2021, p. 635. Disponible en: <https://revista-aji.com/examen-de-las-clausulas-abusivas-en-el-contrato-de-fianza-a-proposito-de-la-fianza-solidaria-y-la-renuncia-a-los-beneficios-de-orden-division-y-excusion/>

Martín M., Virginia. “La Fianza: Tratamiento Jurídico En el Derecho Español y en la Contratación Internacional”. Disponible en: [https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/13276/1/0213-988X\\_16\\_189.pdf](https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/13276/1/0213-988X_16_189.pdf)

Mélich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. 4ta Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006.

Ortega P., Marco A. “Algunas reflexiones sobre la regulación de la forma contractual en el código civil de 1984”. *Advocatus*, N° 13, Lima, 2005.

Stiglitz, Rubén. *Derecho de Seguros*. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

Zambrano V., José A. El contrato de fianza en el derecho venezolano. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955.

### Sentencias

La Sala Político Administrativa, en sentencia 00942 de fecha 19 de octubre de 2023, caso: *C.A. Metro de Caracas contra la sociedad mercantil Constructora Norberto Odebrecht, S.A. y solidariamente contra la empresa Seguros Caroní, S.A.*

Sala Político Administrativa, sentencia No. 00240, de fecha 15 de mayo de 2019, caso: *Estado Amazonas*.

Sala Político Administrativa, sentencia N° 00213 del 18 de febrero de 2009, caso: *La Oriental de Seguros, C.A. contra el Ministerio del Poder Popular para las Finanzas*.

### Normas

*Normas que regulan el contrato de fianza y sus condiciones generales en la actividad aseguradora*, Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.835 del 09 de septiembre de 2024.

*Normas que regulan el contrato de seguro y de medicina prepagada*, Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.835 del 09 de septiembre de 2024.