

NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

DRA. SABINA DÍAZ MARSHALL.

INTRODUCCIÓN

En la práctica comercial actual, el Seguro de Caucción ha adquirido gran protagonismo. La exigencia de solvencia para operar en mercados cada vez más internacionalizados y competitivos ha incidido en que la aceptación del Seguro de Caucción sea cada vez mayor, tanto en el ámbito económico como en el administrativo.

El seguro de caucción es una herramienta para las empresas que, por necesidades legales o contractuales, necesitan garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a terceros, ya sean las administraciones públicas, organismos oficiales o empresas privadas.

La realidad indica, que los operadores económicos, a la hora de conceder un crédito, aplazar obligaciones o aceptar compromisos futuros, han desplazado el centro de su preocupación desde la idea tradicional de solvencia como titularidad de bienes en cuantía superior al compromiso asumido; hacia la solvencia entendida como la capacidad para generar la liquidez suficiente para asumir esos compromisos. El análisis actual de las garantías no se efectúa sólo examinando el valor de los bienes del sujeto, sino que se tiene en cuenta la capacidad de pago del mismo.

Es así que se recurre a nuevas figuras, -en las que ubicamos al Seguro de Caucción-, que vienen a reforzar la posición del acreedor frente a un eventual incumplimiento del deudor y a su vez optimizan los recursos financieros de las empresas y favorecen su capacidad crediticia.

De lo expresado surge, que se está dando una transformación en el ámbito asegurador, por la mayor participación de las compañías aseguradoras, en concurrencia con otros operadores, en el campo de las garantías.

La ausencia de normas que regulen la figura en nuestro ordenamiento, y la escasez de contenido normativo en otros ordenamientos; así como los perfiles ambiguos que presenta, han motivado nuestro interés por el estudio del Seguro de Caucción.

Nuestro objetivo primario y general es realizar un estudio crítico del Seguro de Caucción. La capacidad del Seguro de Caucción de ser uno de los instrumentos que posibilitan el tráfico económico, debe ir acompañada de una nítida identificación de su naturaleza y función y de una clarificación de su régimen jurídico.

Tal como manifestamos, no existe normativa específica que regule al Seguro de Caucción en nuestro país, así como tampoco existen trabajos doctrinarios tendientes a su estudio, a pesar de que el mismo es utilizado en nuestro ámbito. Por lo tanto el objetivo general de nuestro trabajo es el de contribuir en la clarificación del régimen jurídico del Seguro de Caucción.

Como objetivos específicos nos hemos planteado el poder delimitar la naturaleza jurídica del Seguro de Caucción. En este sentido determinar si estamos frente a un contrato de fianza o una modalidad aseguradora, y cuales son las consecuencias prácticas que de esa naturaleza se derivarían.

Pretendemos además, identificar cual es la función del seguro de caución: si es asegurativa o es de garantía.

Consideramos importante darle un encuadre jurídico definido al instituto ya que por la realidad actual descrita, el Seguro de Caución cumple una función relevante en el tráfico económico y de la delimitación y encuadre jurídico de la figura dependerá el derecho aplicable a la misma.

A efectos del logro de los objetivos planteados en este trabajo, es necesario aplicar en forma consistente una labor descriptiva de las principales posiciones doctrinales en torno a cada una de las cuestiones suscitadas, los fundamentos en los que se basan esas líneas de opinión, así como también aquellos aspectos en los que a nuestro criterio estas opiniones no son consistentes.

A los efectos del desarrollo del tema, intentaremos realizar el siguiente recorrido:

1. Introducción histórica del seguro de caución, indispensable a efectos de determinar cómo se ha apartado de los esquemas asegurativos clásicos.

2. En el segundo capítulo nos dedicaremos a encuadrar al seguro de caución realizando en primer término una conceptualización del mismo y ubicándolo luego en el contexto general del seguro.

3. Luego nos dedicaremos al estudio de los elementos que se encuentran en el Seguro de caución. Aquellos esenciales y comunes a todos los seguros, como el riesgo, el daño y el interés; y aquellos que presentan importantes particularidades en el seguro de caución como la indemnización, el derecho de recobro, el documento aval y las cláusulas a primer requerimiento.

4. En el capítulo cuatro, se determinará cual es la función del seguro de caución, si esta es de carácter indemnizatoria o de garantía.

5. En el capítulo cinco se analizará cual es la naturaleza jurídica del seguro de caución, determinando si estamos frente a un contrato de fianza o frente a una modalidad aseguradora y las diferentes teorías que se han ensayado en torno al tema, para finalizar exponiendo a qué conclusiones arribamos en este sentido.

6. En el capítulo seis comentaremos las aplicaciones que en la práctica presenta el seguro de caución, y cuales son los ámbitos en los que se ha desarrollado.

7. Finalmente, en el capítulo siete trataremos de resumir las conclusiones a las que arribamos luego del estudio efectuado.

8. Se agregará a la exposición referida un Anexo en el que se transcribirán ejemplos de Pólizas de caución empleadas por aseguradoras uruguayas.

CAPITULO PRIMERO

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

A. INTRODUCCIÓN.

Al pretender estudiar una materia tan ágil y dinámica como es el Seguro, en cualquiera de sus modalidades, puede parecer innecesaria la contemplación del panorama histórico. Sin embargo, para una cabal comprensión del tema que nos planteamos, consideramos necesario realizar algunas breves referencias a lo que fue la Historia del seguro, ubicando en ésta, el origen y la evolución del Seguro de Caucción.

Tradicionalmente, el Seguro de Caucción se ha asociado al de crédito, configurándose a aquel como una especie de éste. La Doctrina en este sentido es unánime al considerar que constituyen ambos lo que se ha denominado “*Seguro de Créditos*”.¹

Sin embargo, si atendemos el riesgo que cubren, así como su operatividad, son seguros distintos, ya que el Seguro de Crédito cubre el riesgo de la insolvencia, mientras que el Seguro de Caucción cubre el riesgo del incumplimiento, tal como a posteriori se analizará. Sin embargo, ambos tienen idéntico objeto asegurado: un derecho de crédito. Tienen además un fundamento histórico común, ya que el Seguro de Caucción nace en el seno de las compañías de crédito. Para el estudio del origen y evolución histórica del Seguro de Caucción, se vuelve necesario el análisis de la evolución del Seguro de Crédito, a efectos de determinar el momento en que el Seguro de Caucción se vuelve una figura autónoma.

B. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Se pueden diferenciar distintos momentos en la Historia del Seguro. En este sentido, Manés² distinguió cuatro grandes etapas. La primera comprende la Antigüedad y Edad Media, hasta llegar al Siglo XIV, y es en esta época que podemos ubicar el remoto surgimiento del Seguro de Caucción. La segunda va desde mediados del Siglo XIV hasta fines del Siglo XVII y corresponde al período de creación de la póliza de seguros. Una tercera etapa, que se caracteriza por la fundación de las Compañías aseguradoras, se extiende desde el Siglo XVIII, hasta la segunda mitad del Siglo XIX. Finalmente, la cuarta época se extiende desde la segunda mitad del Siglo XIX hasta la actualidad, y es en esta época cuando surge la explotación moderna y en gran escala del seguro.

1. Primera época:

Frente a la existencia de peligro, el hombre ha experimentado la sensación de riesgo, y la necesidad de lograr fórmulas de ayuda mutua que le permitieran hacer frente a la indefensión del hombre aislado. Ejemplo de ello son las caravanas que cruzaban la antigua Babilonia, y que a menudo estaban sometidas a robos y pillajes, cuyos daños soportaban en forma solidaria, creando comunidades.

Más adelante, en el siglo V A.C., existían en Rodas, leyes que contemplaban la obligación que tenían los cargadores de contribuir a la reparación económica de los daños causados por tempestades, e incluso rescates de buques en poder de los enemigos.

1 Camacho de los Rios, J. El seguro de caucción. Estudio crítico. Editorial Mapfre. Pág. 3.

2 Manés, A.: Teoría General del Seguro. Madrid, 1930. Pág. 34

Durante la dominación romana se tiene conocimiento que existieron asociaciones de artesanos que por medio del pago de una cuota aseguraban sus propios funerales. Se ubica además en esta época el préstamo a la gruesa, en virtud del cual en caso de feliz arribo de la nave, el prestador percibía, además del importe del préstamo, el precio del riesgo, que era la prima de la gruesa, perdiendo en cambio su dinero en caso de naufragio. Estas actividades pueden considerarse formas primitivas de seguro, aunque algunos autores sostienen que se trata meramente de formas asistenciales³.

En la Edad Media, período histórico en que el espíritu de asociación alcanza su mayor esplendor, surgen las “*guildas*”, los gremios y cofradías, que bajo las formas de comunidades familiares, sociales o de índole profesional, tienden a reparar daños de índole diversa sufridos por sus asociados.

Es en la Primera época que podemos rastrear el germen del origen del Seguro de Caucción. En efecto, en las más antiguas leyes de contrataciones públicas, que se remontan al derecho romano, aparece la exigencia al contratista de constituir garantías a favor del Estado para asegurar el fiel cumplimiento de sus obligaciones.

Surgen en esta época, en el ámbito de las garantías, y en particular de las garantías personales figuras como *promissio*, *adpromissio*, *cautio*, figuras identificadas por algunos autores con el seguro que nos ocupa⁴. Sin embargo, es en el marco jurídico de la *fiducia*, donde puede encontrarse una forma semejante al seguro de crédito más consolidada.

Si bien la *fideiussio indemnitis* aparece como un claro antecedente de los seguros de crédito (al responder el *fideiussor* de la insolvencia del deudor principal), es en los *receptum argentarii* (figura del Derecho bancario romano, que consiste en la promesa formal de un banquero de pagar una deuda ajena), donde encontramos una forma jurídica más cercana al seguro de caución. En este sentido, algunos tipos de *receptum argentarii* no sólo tenían como función facilitar pagos, sino que desarrollaban, también una función de garantía. Bajo ciertas fórmulas, el banquero respondía del pago de la deuda de forma personal e independientemente de la obligación garantizada. Nos encontramos entonces, con una especie de caución bancaria, antecedente claro del Seguro de caución, en la medida en que cubre el incumplimiento del deudor con independencia de su solvencia.

2. Segunda época:

Se ubica en esta época el desarrollo del comercio marítimo. La empresa marítima constituye una de las más tempranas manifestaciones de la acumulación de medios económicos y técnicos, así como también una manifestación de acumulación de riesgo. Es así que en prevención de los riesgos (pérdida de la mercadería y del buque), el comercio marítimo ofreció terreno fértil para el nacimiento de los seguros.

Un hecho histórico que también influiría en el futuro de la institución del seguro, es el decreto dictado en el año 1230 por el Papa Gregorio IX que prohibía como usurario todo interés. Ello implicaba la condena al préstamo marítimo, que se basaba en el cobro por parte del prestamista de elevados intereses como compensación por el riesgo asumido en la operación. Es así que los especialistas, tal como sostiene Manes⁵, se esforzaron por instrumentar al Seguro de la forma más opuesta al préstamo a la gruesa, disimulando la obligación del asegurador bajo la forma de un contrato de compraventa. El asegurador decía comprar al asegurado los objetos que se trataban de asegurar y se reconocía deudor del precio estipulado, conviniéndose que el contrato sería nulo si estos objetos llegaban sanos y salvos al punto de destino. La indemnización pactada revestía la forma de precio pero no debía de satisfacerse anticipadamente y por otro lado la prima del riesgo se desglosaba de los intereses del capital, debiendo ser entregada sin someterse a condición alguna.

El primer contrato de seguro del que se tiene prueba fehaciente data de 1347 y se refiere a un seguro marítimo, su importancia es que asentó las bases jurídicas y técnicas del seguro y se preparó el terreno a las ulteriores formas de previsión que aparecerían para los riesgos terrestres.

3 Garrido y Comas, J.J. “El Contrato de Seguros”. Barcelona, 1954. Pág. 7.

4 Cabanzo, A. M. El Seguro de cumplimiento, Buenos Aires, 1989, Pág. 17.

5 Manes, Op. cit. Pág. 42

También el Seguro de caución, al igual que el Seguro en general, ha sido relacionado con el comercio marítimo. Debe tenerse presente que las primeras compañías de seguros de crédito fueron compañías de seguro marítimo que garantizaban los incumplimientos en el pago que se producían como consecuencia de los naufragios.

Debemos ubicar aquí la figura de la *réprise d'assurance* o *seguro subsidiario*⁶. Esta institución garantizaba, a favor de un sujeto asegurado contra riesgos marítimos, la solvencia del asegurador.

En efecto, la concentración de riesgo sobre los aseguradores hacía a los mismos pasibles de la sospecha de que no pudieran hacer frente a sus compromisos de cobertura de aquellos riesgos. El seguro subsidiario operaría una ulterior distribución del riesgo al favorecer la solvencia del asegurador. El comerciante de la navegación podría contratar con más tranquilidad un seguro que le cubriera los posibles riesgos de pérdida de los medios que dedicó a la empresa, sin tener que preocuparse de que la aseguradora se encontrara capacitada para hacer frente a tales siniestros⁷.

3. Tercera época:

Siguiendo la distinción realizada por Manet, podemos ubicar a esta época en el Siglo XVIII y hasta mitad del Siglo XIX y se caracteriza fundamentalmente por la fundación de Compañías aseguradoras, los corredores que habían surgido en ocasión del seguro, se especializan y fundan entre ellos Compañías de Seguros.

Surgen también, nuevas formas de aseguramiento, así como la configuración del seguro según los principios que la técnica impone.

La evolución en la materia señalada, ocurre como consecuencia de una realidad económica y social que conmueve la historia: el capitalismo mercantil e industrial. La aparición del maquinismo y los grandes centros fabriles, la concentración de personas en los centros urbanos, la revolución del comercio y los transportes, y el predominio del individualismo con la desaparición de los gremios y organizaciones profesionales son algunas de las características de este momento histórico.

Sostenía Halperín⁸ en torno al tema que *"El desarrollo del seguro, -como sus mismos orígenes- no puede comprenderse bien, si no es conectándolo con el cuadro general de la evolución económica"*, hasta el punto de que *"sin capitalismo no existiría el auténtico seguro"*, bastaría un ligero examen de lo acontecido en el período histórico que nos hallamos considerando, para desechar toda vacilación al respecto.

Otra de las manifestaciones de la época es el formidable desarrollo de la banca y el crédito y el auge de los valores mobiliarios. Campo fértil, éste, para el desarrollo del Seguro de Caución. En efecto, y tal como sostuvimos, los particulares constituían garantías para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con el depósito de fuertes sumas de dinero. Esto redundaba negativamente en el giro del negocio, ya que el capital quedaba inmovilizado. Es así que se fueron admitiendo otras formas de garantía, tales como títulos de crédito públicos y bonos nacionales, fianzas bancarias y más adelante se admitió la constitución de derechos reales como hipotecas y prendas. Pero, todas estas formas de garantía importaban costos altos y comprometían el crédito bancario al no poder recurrir a estas entidades a solicitar préstamos con destino al giro negocial. Es por ello que el advenimiento del Seguro de Caución resultó una opción beneficiosa, sobre todo, por su menor costo. El Seguro de Caución se dio en primer término respecto a contrataciones con el Estado y luego se extendió a contrataciones entre particulares, asumiendo diferentes variantes.

En relación a la práctica aseguradora, en esta época los aseguradores adquieren fuerza y surgen las grandes compañías. Si bien el seguro subsidiario (antecedente inmediato del seguro de crédito), se desarrolló en una época en que los aseguradores eran comerciantes individuales y no dotados de una estructura jurídica fuerte, no desaparece en esta época, sino que será realizado, por compañías especializadas. Es en éste contexto

6 Garrigues, J. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid, 1983. Pág. 324

7 Puig, F. Función y riesgo en el seguro de caución. Eunsa 2005. Pág. 28.

8 Halperín, J. "Los seguros en el régimen capitalista". Madrid. Pág. 63 y 26 respectivamente.

que se da el surgimiento de los seguros de crédito en su forma moderna. El seguro de caución en esta época aparece todavía ligado al Seguro de crédito, como una subespecie de éste.

Los primeros teóricos de la materia, deben ubicarse en esta época, específicamente en 1766. Es en ese año, que los profesores Wurm y J.G. Büsch, realizaron la primera teoría y el primer intento de construir una organización que cubriera los peligros del crédito. Estos autores, propusieron al gobierno prusiano la constitución de un organismo monopolizado para la cobertura de las quiebras (seguro de crédito strictu sensu) y de los malos pagadores (seguro de caución)⁹. Dicha compañía, debería ser estatal y cubriría el cincuenta por ciento el riesgo de los créditos en los seguros que, con carácter obligatorio, deberían realizar todos los comerciantes.

Esta idea no logró concretarse. De ahí que se considere al italiano Bonajuto Paris Sanguinetti como el primer teórico del seguro de crédito. Su libro, «*Essai d'une nouvelle théorie pour appliquer le système des assurances aux dommages des faillites*», fue publicado en 1839, y describe un método basado en la mutualidad de los riesgos como medio de protección contra la falta de pago de los créditos, quiebras y sus negativos efectos¹⁰.

En lo que al seguro de caución se refiere, fue el profesor austríaco Von Liebig quien instituyó sus bases. Entendió que la forma del seguro de crédito, era la más adecuada para evaluar el riesgo, consideró por primera vez, la posibilidad de suscripción de este seguro por cuenta ajena (hoy, uno de los presupuestos del seguro de caución). El esquema propuesto por el autor, consistía en que el asegurador extendía al deudor un título de garantía, que éste a su vez entregaba al acreedor asegurado, en garantía del cumplimiento de la obligación. Este esquema no difiere del actual, pudiéndose considerar al “*documento de garantía*” como el precedente del “*documento aval*”, que conjuntamente con la póliza extienden las compañías de seguro.

4. Cuarta época:

Debemos ubicarla a partir de la segunda mitad del Siglo XIX, hasta la actualidad. En esta época se da el apogeo de la institución del seguro. Las entidades aseguradoras se multiplican, surgen y se consagran las más variadas formas de cobertura, se crean las normas tanto de derecho público como privado que regulan el instituto y el contrato de seguro adquiere contornos más específicos y definitivos, tal como sostiene J.J. Garrido y Comas¹¹.

En este momento histórico, además de las modalidades de seguro ya conocidas, que se van arraigando y difundiendo (situación en la que se encuentra el Seguro de Caución); aparecen nuevas formas de cobertura que rápidamente logran consagrarse. Una de estas nuevas formas es el Seguro de Responsabilidad Civil, creado para cubrir la eventual responsabilidad que pueda surgir como consecuencia del empleo de los nuevos medios de locomoción.

La primera ley que codifica el derecho privado de seguros fue promulgada en Bélgica en el año 1874. En esta ley se enumeran y precisan los caracteres específicos del contrato de seguros.

En relación al seguro de caución, la primera póliza fue realizada en 1831 por el Banco Adriático de Assicurazione en Trieste¹². La cobertura que otorgaba el asegurador entraba en funcionamiento cuando el asegurado demostraba (por medio del protesto) que no se había realizado el pago por el deudor, pago que entonces debía ser realizado por el asegurador en el momento de la notificación. Era irrelevante la insolvencia del deudor, por lo que puede sostenerse que se estaba en presencia de un seguro de caución, no de crédito.

En Francia o Italia el asegurador pagaba la indemnización al momento en que se producía el incumplimiento del deudor, mientras que en Inglaterra, la indemnización sólo se pagaba si se declaraba la insolvencia del deudor.

9 Bastín, J, El seguro de crédito en el mundo contemporáneo, Madrid 1980. Pág. 5 – 26.

10 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág.9.

11 Garrido y Comas. J.J. Op. cit. pág. 29.

12 Bastin, J, La defaillance de paiement et sa protection : La assurance-crédit. Paris, 1991. Pág. 218.

Algunos autores comenzaron a distinguir el seguro de crédito y el de caución, teniendo en cuenta las personas del contratante y del beneficiario. Así, cuando el que contrataba era el deudor en beneficio del acreedor, se realizaba un seguro de caución. Si contrataba el propio acreedor, el seguro debía ser considerado de crédito.

En relación al reconocimiento legislativo del seguro de caución, la mayoría de la doctrina lo sitúa en el Código de Comercio Italiano de 1882¹³, sin perjuicio de que como subespecie del seguro de crédito, el “*seguro subsidiario*” fue legislado en el año 1556 en las Ordenanzas de Sevilla del referido año.

En el estudio del desarrollo histórico de la figura del seguro de caución encontramos un interesante conflicto que se planteó en Francia, en el año 1952, y que desembocó en el Arbitraje Renaudin¹⁴. Las entidades de crédito bancarias reclamaban como propias de esta actividad, las garantías que las compañías de seguro prestaban bajo el ropaje de las *assurance-cautionnement*. Se sometió el conflicto al arbitraje del consejero de Estado Renaudin. Las conclusiones a las que éste arribó fueron que las formas contractuales de garantía son netamente bancarias y no operaciones de seguro, por lo que las compañías aseguradoras estaban invadiendo un área económica que no les era propia.

C. CONCLUSIONES.

Una vez recorrido el itinerario histórico del seguro de caución, es posible arribar a las conclusiones que comentaremos.

El seguro de caución ha estado vinculado desde sus orígenes a la idea de garantía patrimonial sumada a la del deudor. Si bien el riesgo cubierto por el seguro de caución en la mayor parte de su evolución, es la insolvencia del deudor y no el incumplimiento de una obligación; puede sostenerse este extremo porque este seguro ha sido durante buena parte de su historia, una subespecie del seguro de garantía.

A lo largo de su historia, y aún hoy, el seguro de caución ha contado con escasa regulación normativa. Las normas que sí lo han regulado se caracterizan por recoger elementos de la realidad económica, de la jurídica asegurativa y de la realidad económica y de la jurídica de las garantías personales. Debiéndose para su estudio contrastar los contenidos normativos de uno y otro ámbito.

Finalmente, se ha puesto en evidencia con el devenir histórico reseñado, que el encuadre jurídico del seguro de caución va más allá de determinar cual es su naturaleza jurídica. Debe tenerse presente también al sujeto que lo realiza: un sujeto que es empresa y que actúa en un área intervenida administrativamente, que adopta una técnica de neutralización de riesgos, que concurre con otros sujetos y que actúa profesionalmente como garante en el mercado.

13 Garrigues, J. Contato de Seguro terrestre. Madrid 1983, Tomo II, Pág. 325.

14 Puig, F. Ob. Cit. Pág. 30

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO Y UBICACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DEL SEGURO.

A. CONCEPTO.

Según Carlos Blanc y Roberto Borrelli, en su trabajo *“El llamado Contrato de Seguro de Caucción”*¹⁵ se entiende que: *“Funcional y económicamente, mediante el Seguro de Caucción se pretende garantizar al acreedor de una obligación, por el eventual incumplimiento por parte del deudor”*.

Por su parte Farina¹⁶ (atribuyéndola a Broseta Pont) realiza una definición más restrictiva del Seguro de Caucción, sosteniendo: *“Los seguros de caucción son los que se estipulan para garantizar al acreedor de una obligación no directamente dineraria, que será resarcida en caso de incumplimiento de dicha obligación”*. Esta definición resulta restrictiva en tanto limita el seguro de caucción a las obligaciones no dinerarias, restricción que debería estar acompañada de una restricción legislativa en este sentido.

Gerardo D. Santicchia, en Lexis N° 0003/011385¹⁷ su trabajo *“El Seguro de Caucción”*, lo define como: *“En una primera aproximación puede decirse que este contrato consiste en una garantía que una empresa aseguradora brinda a un tercero por las consecuencias de eventuales incumplimientos del pacto que liga a ese tercero con el tomador”*.

B. UBICACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DEL SEGURO.

1. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO SEGURO DE DAÑOS.

El Seguro de Caucción, es encuadrado por la Doctrina, en forma prácticamente unánime, dentro de los Seguros de daños. No existe acuerdo respecto a si estamos frente a un seguro de daño en las cosas o en el patrimonio.

El hecho de considerar al seguro de caucción como un seguro de daños, trae aparejado consecuencias importantes. Entre ellas debe destacarse que el seguro de daños tiene carácter indemnizatorio, por lo que debemos preguntarnos si también el seguro de caucción indemniza un daño (esta cuestión será abordada en capítulos posteriores).

En el ámbito del seguro de daños, la doctrina discute si nos encontramos frente a un seguro de daño en las cosas o un seguro de daños en el patrimonio. Dicha discusión puede parecer estéril, ya que cualquier daño en la cosa repercute en el patrimonio, tal como sostiene Olivencia¹⁸. Por su parte, plantea Camacho de los Ríos¹⁹, que debería seguirse la clasificación propuesta por Garrigues, quien tomando como base el interés asegurado, distingue entre seguros sobre cosas determinadas, sobre derechos determinados y sobre el patrimonio. El seguro de caucción pertenecería entonces, tal como sostiene Camacho de los Ríos, al de *“derechos determinados”*, ya que, seguros de patrimonio son sólo los de responsabilidad ya que refieren a deudas que afectan el patrimonio completo del sujeto y no un derecho de crédito concreto.

15 Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, Vol 13, N° 55, 56 (Jul/Dic 1991) Pág. 25 a 31.

16 Farina, “Seguro de Caucción” en R.D. C. O 1981 Pág 531

17 Santicchia, G. Lexis Nexos On line N° 0003/011385.

18 Olivencia Ruiz, M. “Seguros de crédito, caucción, responsabilidad civil y reaseguro” en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Madrid 1982, Pág. 871.

19 Camacho de los Ríos, J; Op. cit Pág. 18.

En definitiva, siguiendo la clasificación de Garrigues²⁰, podemos sostener que el Seguro de caución puede ubicarse en los seguros de daños y dentro de éstos en los de intereses sobre derechos.

2. SEGURO DE CAUCIÓN COMO SEGURO SOBRE RIESGOS JURÍDICOS.

El seguro de caución no asegura riesgos naturales o económicos, asegura riesgos jurídicos. En efecto, la cobertura que se obtiene con el seguro de caución es la de las consecuencias de la inobservancia de obligaciones derivadas de determinadas obligaciones jurídicas que comportan un derecho de crédito.

Los aseguradores aseguran dos grupos de relaciones jurídicas que por su contenido económico forman parte de la actividad aseguradora:

a. operaciones de crédito de las que surge la obligación de entregar en un determinado plazo una cantidad de dinero determinada; y

b. operaciones de las que surgen obligaciones de hacer o no hacer y en las que se impone el deber de constituir una caución en garantía de su cumplimiento.

3. SEGURO DE CAUCIÓN COMO SEGURO POR CUENTA AJENA.

En el seguro de caución intervienen tres personas: el asegurador, el tomador del seguro y el asegurado. Dicho esquema de elementos personales es característico del seguro por cuenta ajena²¹.

En este esquema, aquel que es deudor en la actualidad o va a serlo en un futuro inmediato contrata el seguro como tomador del mismo, en beneficio de su acreedor, considerado en el contrato como asegurado. Un contrato celebrado por cuenta ajena se aparta del efecto relativo de los contratos, ya que la normalidad en la materia supone que la eficacia contractual se limita a los sujetos que lo celebran; en este sentido debemos recordar el adagio romano *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (las cosas hechas entre otros, no pueden perjudicar ni aprovechar a los demás)²².

Tal como sostiene Garrigues²³, en el contrato por cuenta ajena, surge la figura del “tomador del seguro” que es quien contrata con el asegurador, sin ser el titular de los derechos que emergen del seguro. En este sentido el contratante o tomador del seguro es aquel que suscribe el contrato, asumiendo las obligaciones que del mismo se derivan. Asegurado es el que tiene derecho a la prestación del asegurador.

En el seguro de caución el tomador asegura no un interés propio, sino un interés ajeno (el del acreedor, en este caso, asegurado), de forma que aquél no cubre su responsabilidad civil respecto de éste, sino que asegura directamente el interés del último respecto del bien y contra los eventos que puedan dañarlo, sea que ello genere o no responsabilidad civil de su parte. Por otro lado, en el seguro por cuenta ajena, existe un vínculo único entre el asegurador, por un lado, y el tomador del seguro y el asegurado, por otro, lo que permite que, producido el siniestro, el asegurado pueda reclamar directamente al asegurador el pago de la prestación convenida sin haber estipulado formalmente el contrato.

En lo que se refiere a la posibilidad de oponer excepciones por el asegurador frente a la reclamación del asegurado, se entiende que en el seguro por cuenta ajena el asegurador podrá oponer los hechos que han impedido la constitución válida del derecho exigido por el asegurado, lo han paralizado o lo han extinguido. También le serán oponibles al asegurado las excepciones que tenga personalmente contra él el asegurador, provengan o no del contrato. Es indudable, en consecuencia, que serán oponibles al asegurado las excepciones

20 Garrigues, J. Op. cit, Pág. 47

21 Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”. En La Ley, 1986, pág. 1064. Tomo 2.

22 Gamarra, J. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XV. Pág. 7.

23 Garrigues, J. Op. cit, Pág. 276 y 277

que derivan del contrato de seguro. De las pólizas examinadas a estos efectos, es importante destacar que algunas de éstas contienen cláusulas que excluyen la posibilidad de que el asegurador pueda oponer al asegurado la falta de pago de las primas, por el tomador del seguro, a los fines, en concreto, de la rescisión del contrato o la suspensión de la cobertura. Dichas cláusulas han servido para fundamentar nuevos argumentos contra el carácter asegurador de nuestra figura, por cuanto, se ha dicho, que las mismas contradicen la estructura sinalagmática del contrato y los principios de la técnica aseguradora, que exigen el pago anticipado como presupuesto de la garantía. Se ha replicado a tal objeción que, si bien el impago de las primas se opondría al sinalagma funcional, igualmente se mantendría el sinalagma genético entre la asunción de una obligación de la empresa aseguradora subordinada a la verificación de un evento previsto en el contrato.

4. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y EL SEGURO DE CRÉDITO.

La doctrina en la materia sostiene que debe distinguirse el seguro de crédito en sentido amplio y el seguro de crédito *strictu sensu*²⁴. En el seguro de crédito en sentido amplio (lado activo de cualquier vínculo jurídico) se ubicarían los seguros de crédito, los seguros de caución y los de responsabilidad civil. Seguros de crédito en sentido estricto son aquellos que se refieren exclusivamente a operaciones de crédito cuyo origen son contratos de préstamo o mutuo.

Broseta y Pont²⁵ define al seguro de crédito en sentido genérico como: “*contrato por el que el asegurador, mediante la percepción de una prima, se obliga a indemnizar, en la forma establecida por la ley o el contrato, los daños que puede generar al acreedor el incumplimiento de la obligación de su deudor*”. En esta definición se encuadran tanto los supuestos de impago derivados de la insolvencia del deudor, como los de simple incumplimiento por vencimiento.

En relación a la diferenciación entre seguro de caución y seguro de crédito *strictu sensu*, Tirado Suárez²⁶ sostiene que las diferencias se centran en tres aspectos fundamentales:

a. **Sujetos intervinientes:** mientras que en el seguro de crédito tomador y asegurado son la misma persona; en el seguro de caución, tal como hemos visto, tomador y asegurado son sujetos diferentes. En tanto el tomador es la persona que contrata el seguro y cuya conducta puede desencadenar el siniestro; el asegurado es el titular del interés cubierto por el seguro.

b. **El riesgo:** mientras que el objeto del seguro de crédito es indemnizar la pérdida definitiva que sufre el asegurado como consecuencia del no cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor, el objeto del seguro de caución es la reparación del daño derivado del mero incumplimiento del deudor, daño que se tasó a priori ya sea legal o convencionalmente.

c. **Forma de contratación:** en el seguro de crédito el acreedor pretende cubrir todo su negocio (son usuales las pólizas globales o flotantes); en el seguro de caución, se cubren operaciones concretas, utilizándose pólizas individuales.

Sin perjuicio de las diferencias señaladas, parte de la doctrina es conteste en sostener que la diferenciación entre ambos seguros no se justifica, ya que, tanto uno como el otro, están dirigidos a cubrir las consecuencias de la falta de pago de un crédito.

En este sentido Garrigues²⁷ sostiene que mientras que el seguro de crédito se dirige a cubrir la falta de cumplimiento del deudor originada por su insolvencia, el seguro de caución protege al acreedor frente al mero incumplimiento. Por lo tanto, no pueden diferenciarse por la prestación del asegurador (en ambos casos

24 Garrigues, J Op. cit, Pág. 351;

25 Broseta y Pont, M. Manual de derecho mercantil. Madrid, 1991. Pág. 571 y ss.

26 Tirado Suárez, J. “El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español” apéndice al libro de Bastin, J. El seguro de crédito en el mundo contemporáneo, Madrid, 1980. Pág. 655.

27 Garrigues, J. Op cit. Pág. 323

es la misma, indemnizar). La diferencia entre uno y otro es el grado del riesgo cubierto, por lo que, según el autor, puede sostenerse que el seguro de caución es una sub-especie del seguro de crédito.

CAPITULO TRES

ELEMENTOS DEL SEGURO DE CAUCIÓN

Introducidos al tema en general, parece relevante centrarnos en el estudio de aquellos elementos que nos permitirán comprender a cabalidad la figura. A estos efectos se estudiarán aquellos, que son esenciales en el seguro de caución, pero que también son esenciales en todos los seguros: el interés, el riesgo y el daño asegurado; y aquellos que presentan importantes particularidades en el seguro de caución como la indemnización, el derecho de recobro, el documento aval y las cláusulas a primer requerimiento.

A. ELEMENTOS ESENCIALES DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

1. EL INTERÉS.

El contrato de seguro se celebra para evitar las consecuencias dañosas que se derivan de la realización de los riesgos a los que se hayan expuestos los bienes.

En el derecho de seguros, así como en el derecho comercial en general, el interés tiene contenido económico, es necesaria la existencia de una relación de índole económica entre el asegurado y la cosa sobre la cual recae el riesgo.

Sostiene Isaac Halperín²⁸, que el concepto de interés asegurable, adquiere en el contrato de seguro una importancia extraordinaria, porque constituye el objeto del contrato. La existencia del interés es esencial para legitimar el contrato e impedir que se degenere en una apuesta, ya que, el interés en el seguro de daños es la medida de la indemnización.

Sostiene, en nuestro país, Enrique Nogueira²⁹: *“el interés asegurable se sustenta en cuatro elementos: un bien (cosa asegurada), una relación económica con el bien, un sujeto (titular de la relación económica) y su exposición a un riesgo determinado”*.

El interés reviste especial importancia en los seguros de daños, sobre todo en aquellos, que como el de caución, pueden incluirse dentro de los llamados *“seguros de indemnización efectiva”*. Esta singular importancia radica en que, en los seguros de indemnización efectiva, el interés es necesario, no sólo como presupuesto de validez del contrato, sino también para el cálculo de la indemnización que corresponda en caso de producirse el siniestro.

Sostiene Barrés Benlloch³⁰ que el interés del asegurado es que se cumpla la obligación de dar, hacer o no hacer que existe entre las partes. Por ejemplo, en un contrato de ejecución de obra, es claro que el interés asegurado es el del de que la obra llegue a buen fin. Nos encontramos, sin embargo, con el siguiente inconveniente: el sujeto titular del interés asegurado no es quien contrata el seguro, sino que el obligado a contratar el seguro o tomador del seguro, es el propio contratista de la obra. Se asegura, por tanto, el cumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer que corresponde al tomador.

28 Halperín, I. El Contrato de Seguro (seguros terrestres). Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1946. Pág. 427

29 Nogueira, E. “Interés asegurable”, Segundas jornadas del Derecho de los Seguros. FCU. Pág. 27

30 Barrés Benlloch, Ma. Pilar. Seguro de Caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?- Colección Jurisprudencia práctica. N° 52. Editorial Tecnos S.A. 1993. Pág. 18.

2. EL RIESGO.

Es otro de los elementos esenciales del seguro, en tanto el contrato de seguro tiene como finalidad, prevenir o reparar las consecuencias patrimoniales negativas que desencadenará el siniestro en caso de ocurrir. El contrato de seguros, tal como sostiene J.J Garrido y Comas³¹, nace para prevenir las consecuencias patrimoniales que puedan derivarse de la realización de un hecho futuro e incierto.

El riesgo, entonces, es la posibilidad de ocurrencia de un evento dañoso, por lo que cada contrato de seguro individualiza y delimita el riesgo cubierto, ya sea a través de las condiciones generales o particulares de la póliza.

Este elemento presenta las siguientes características:

2.1. Incierto.

La cualidad esencial del riesgo es la incertidumbre respecto de si el evento previsto se verificará o no. Sostiene Garrigues³² que el seguro consiste en poner lo seguro en lugar de lo inseguro.

Lo que caracteriza al riesgo, entonces es la incertidumbre de su ocurrencia. Dicha incertidumbre puede ser:

a. Incertidumbre absoluta: cuando la incertidumbre se refiere a todas las circunstancias que determinan la realización de un acontecimiento: si éste se verificará y cómo y cuando sucederá. Esta incertidumbre es propia del seguro de daños.

b. Incertidumbre relativa: cuando la incertidumbre está referida a un solo aspecto: el momento en que el acontecimiento previsto ocurrirá. Este tipo se da en el seguro de vida.

2.2 Posible.

El riesgo asegurable debe ser posible, es decir, que aún remotamente pueda ocurrir el hecho previsto, ya que si su realización fuera imposible, no existiría el riesgo.³³

La ocurrencia del riesgo no debe contrariar a las leyes de la naturaleza y tampoco suponer un hecho prohibido por la ley o las buenas costumbres.

2.3. Futuro.

El riesgo asegurable es, por regla general, un acontecimiento futuro respecto del momento de la contratación del seguro. Si al momento de celebrar el contrato de seguro, el riesgo ya se había verificado o no existía, el contrato será nulo.

31 Garrido y Comas, J. J. El contrato de Seguros. 1954. Pág. 146.

32 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 252 (T. IV)

33 Garrido y Comas, J.J. Op. cit. pág. 147.

2.4. Ajeno a la voluntad de las partes.

El evento debe ser extraño a la voluntad del asegurado y del beneficiario. Dicha independencia no implica la creación del riesgo, ya que muchas veces es el asegurado quien se somete voluntariamente al riesgo, creándolo para su persona con el consentimiento del asegurador, que asume la cobertura del riesgo (ej. pilotos de prueba).

En lo concerniente a su realización debe quedar por entero sometido al álea sobre el que el asegurador basó sus cálculos. El derecho del asegurado o beneficiario a recibir la prestación de la aseguradora caduca, si éstos provocaron el siniestro o agravaron el riesgo asumido.

En el seguro de caución el riesgo general asegurado es el incumplimiento. El significado del “*incumplimiento*” es diferente si se contempla desde la perspectiva del acreedor (asegurado) o del deudor (tomador). Desde el punto de vista del asegurado, toda falta de realización de la prestación debida, todo incumplimiento, supone la insatisfacción de su derecho y constituye, en sí mismo, un hecho ciertamente objetivo. Pero desde el punto de vista del deudor o tomador sólo podrá hablarse de incumplimiento cuando aquél haya infringido el deber jurídico que le atañe, en virtud de un comportamiento subjetivo que le sea imputable y del que resulte responsable. Es por ello, tal como sostiene Embid Irujo³⁴, que corresponde inexcusablemente a las pólizas determinar qué se entiende por riesgo, y precisar, en suma, cuándo se ha producido el incumplimiento, o lo que es lo mismo, cuándo se ha verificado el siniestro.

En relación a la delimitación del riesgo, se advierte la exclusión de la fuerza mayor de los riesgos asumidos por el asegurador. Tal exclusión puede entenderse si se la conecta a la acción de regreso que, con carácter general las pólizas (y en aquellos países en que este seguro está legislado, la ley), atribuyen al asegurador para reclamar del deudor todo pago efectuado al asegurado una vez que se ha producido el siniestro. Si se cubriese la fuerza mayor, parecería injusto reclamar del tomador la cantidad pagada al asegurado en tanto el incumplimiento no era imputable en absoluto al deudor. Se agravaría, así, por el juego del mecanismo del seguro la responsabilidad del deudor original. Por lo tanto, tal exclusión resulta justificable. Sin embargo, no es posible dejar de advertir que la misma arroja dudas sobre la consideración de la figura del seguro de caución como auténtico seguro.

Sostiene Barrés Benlloch³⁵, que en torno al riesgo en el seguro de caución surge un interesante debate. A partir de la amplia libertad contractual (no debemos olvidar la magra legislación en torno a este seguro), la práctica contractual admite como suficiente para entender producido el siniestro, el requerimiento de pago de la indemnización al asegurador por parte del asegurado, sin necesidad de comprobar el efectivo incumplimiento del tomador del seguro. Existe, con el mecanismo relatado, la posibilidad de que el asegurado lleve a cabo una reclamación dolosa con la finalidad de obtener dinero procedente de su derecho a la indemnización libremente pactada por las partes. Ante la redacción e inclusión voluntaria de dichas cláusulas de producción del siniestro en el contrato de seguro por pacto entre el tomador y el asegurador, queda un nuevo problema práctico sin resolver, pues el asegurado, ante ellas, va a poder mover la maquinaria aseguradora, y obtener de manera inmediata la indemnización, con tan sólo requerir el pago de manera fehaciente a la aseguradora. No es posible desconocer, sin embargo, que los derechos deben ejercitarse con arreglo al principio de buena fe. Sin embargo resulta un tema de interés, sostiene, Barrés Benlloch, ya que en los seguros de caución, los volúmenes de las indemnizaciones suelen tener gran envergadura, implicando grandes movimientos de capitales.

3. EL DAÑO.

El daño es en sede del contrato de seguros, la lesión de un interés económico en general de carácter irreversible.

³⁴ Embid Irujo, J. M. Op. Cit.

³⁵ Barrés Benlloch, M. P. Op. cit. Pág. 19-20.

No es claro, a diferencia de lo que sucede en otras modalidades aseguradoras, que en el seguro de caución se produzca un daño definitivo susceptible de resarcimiento. Partiendo de la correlación habitual entre riesgo, siniestro y daño; la identificación del incumplimiento como riesgo cubierto conduciría a verificar si dicho incumplimiento es el siniestro y si éste produjo daños.

En la mayor parte de los contratos de seguros, el riesgo cubierto se resuelve en la posibilidad de que se verifique la lesión irreversible de un interés económico (ej. incendio de un inmueble). Aún entre los seguros de patrimonio, en los que es relevante la lesión del patrimonio por el nacimiento de una deuda (como la derivada de la responsabilidad civil), se afecta a la riqueza material.

En el seguro de caución se observa que no es fácil encontrar cuál debe considerarse como lesión irreversible. Así, muchos autores sostienen que cualquier incumplimiento del deudor configura un daño susceptible de ser resarcido, aún el simple retraso en la verificación de la prestación originaría un daño que podría ser indemnizado a través del seguro; dependerá, tal como se expresó, de la precisión con que las pólizas se redacten.

B. ELEMENTOS PARTICULARES DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

1. LA INDEMNIZACIÓN.

El principio indemnizatorio supone que el contrato de seguros es un forma moderna de neutralizar las consecuencias de los perjuicios. Dicha prestación que efectúa el asegurador no debe procurar un beneficio para el asegurado, ni colocarlo en situación más favorable a la hipótesis de que el siniestro no se hubiera realizado³⁶. El límite infranqueable sería el de la suma asegurada, delimitada por el interés asegurable.

En el seguro de caución el riesgo cubierto por el asegurador es el daño que deriva del incumplimiento de la obligación del tomador. La indemnización por él pagada está dirigida a eliminar los efectos negativos que tal incumplimiento ha producido en la esfera jurídico-patrimonial del asegurado.

Se ha sostenido que el tema de fondo al analizar el seguro de caución (y del que nos ocuparemos en sucesivos capítulos), es el de determinar si la entidad aseguradora garantiza el cumplimiento de una obligación ajena o resarce el daño ocasionado por el incumplimiento del obligado. En este sentido, la fianza o negocio con "*causa de garantía*", supone la asunción de una obligación por un segundo deudor, que se compromete a cumplir otra obligación, la garantizada. En cambio, una figura con perfiles aseguradores lo que perseguiría sería resarcir o indemnizar los daños ocasionados por un evento dañoso. El seguro de caución, si entendemos que posee función indemnizatoria, indemnizaría los daños que produce al acreedor un hecho del deudor, que podrían considerarse como futuros e inciertos, tal como se entiende el riesgo en materia de seguros. En definitiva, el seguro de caución sería "*causalmente indemnizatorio*", destinado a indemnizar los daños ocasionados por un evento dañoso constituido por el incumplimiento de la obligación. Este tema será analizado en el capítulo siguiente.

2. EL DERECHO DE RECROBRO O REEMBOLSO.

Presenta particular interés, en el seguro de caución, el denominado derecho de recobro o reembolso que posee el asegurador frente al tomador por aquellos pagos que hubiere realizado al asegurado con motivo del seguro.

Ante este derecho del asegurador, surgen por lo menos tres cuestiones a analizar: si el asegurador puede reclamar cualquier pago hecho al asegurado o sólo aquel que deriva de la indemnización; que diferencia existe entre el mecanismo de reembolso y el de la subrogación legal; y si el derecho de recobro vulnera el principio de aleatoriedad inherente al contrato de seguros.

36 Stiglitz, R. Derecho de Seguros. Tomo III. 4ª edición actualizada y ampliada. Pág. 81-82.

2.1. ¿Qué pagos puede reclamar el asegurador?

La cuestión de si el asegurador puede reclamar cualquier pago hecho al asegurado o sólo aquel que deriva de la indemnización, depende del análisis de en qué consiste la prestación del asegurador en el seguro de caución una vez producido el siniestro. Según Garrigues³⁷, la cuantía de la indemnización será, en este seguro y a diferencia del seguro de crédito, solamente el importe del crédito no pagado. Por su parte Vicent Chuliá, considera que, al igual que en la fianza, el asegurador deberá pagar la suma debida en atención a la deuda del tomador, más los intereses y gastos que se produzcan para el asegurado.

En aquellos sistemas en los que existe previsión legal expresa, deberá estarse a ésta para la determinación; en aquellos, como el nuestro, en los que no existe regulación legal del seguro de caución, deberá estarse a lo estipulado contractualmente y si nada se dispone, se deberá dejar la cuestión al arbitrio del intérprete, considerándose, por nuestra parte que el asegurador puede reclamar, todo lo que haya pagado al asegurado.

2.2 Diferencia entre el derecho de reembolso y la subrogación.

En relación a la diferencia entre derecho de reembolso y subrogación legal coincide la doctrina en general y la Jurisprudencia española, en que esta acción de reembolso que se le concede al asegurador no es una concreción de la subrogación que, con carácter general, reconoce la ley al asegurador en todos los seguros de daños. Se entiende que es una acción propia del asegurador que nace del contrato de seguro³⁸. Dicha acción de reembolso está en algunos ordenamientos, como el español expresamente prevista en el artículo 68 in fine de la Ley de Contrato de Seguro Española, que dispone: *“Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”*. La doctrina³⁹ sostiene que si el seguro de caución diera lugar a una subrogación del asegurador en los derechos del asegurado frente al tomador, este inciso del artículo 68 sería innecesario, aplicándose la subrogación general de los seguros de daños.

2.3 ¿Se vulnera con el derecho de recobro el principio de aleatoriedad?

La última de las cuestiones, es analizar si el derecho de recobro vulnera el principio de aleatoriedad inherente al contrato de seguros. Este ha sido el argumento sostenido por parte de la doctrina para negar la naturaleza jurídica asegurativa del seguro de caución, en tanto en éste faltaría el elemento del alea, inherente a todo contrato de seguro. Sostienen estos autores que al tener a su favor la acción de reembolso, el asegurador está en condiciones de recuperar íntegramente la suma desembolsada, con lo que nunca corre el riesgo de pérdida de la indemnización.

Sin embargo, tal planteamiento ha sido rechazado ya que:

en el seno de la empresa aseguradora siempre se produce la eliminación del alea, ya se a través del ejercicio de la acción subrogatoria, ya sea a través de la distribución del riesgo sobre un gran número de contratos.

- incluso en referencia al seguro de caución en particular, la posibilidad del asegurador de recuperar totalmente lo que ha pagado no ha de incidir en el carácter aleatorio o conmutativo del contrato
- Finalmente, no siempre el asegurador tiene la certeza de que la acción de regreso será efectiva, en tanto cabe el peligro de que el tomador sea insolvente.

37 Garrigues, J. Op.cit. Pág. 323-330, 350-353.

38 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 352.

39 Tirado Suárez, Op.cit, Pág. 438.

3. DOCUMENTACIÓN EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

El seguro de caución a la hora de su formalización, presenta ciertas particularidades respecto al régimen general de contratación de los seguros. El asegurador, una vez recibida la solicitud de seguro, y en el momento de conclusión del contrato expide, en forma separada de la póliza, un documento que, en la práctica aseguradora, se denomina “aval” o “aval de seguro” y que es particular de este tipo de seguros. Son entonces documentos del seguro de caución: la solicitud, la proposición, la póliza y el aval.

3.1 La solicitud y la proposición en el seguro de caución.

La solicitud la efectúa el futuro tomador al asegurador y se documenta a través de la “solicitud de seguro”. La información requerida por el asegurador variará dependiendo de la entidad del solicitante, así como del tipo de cobertura que se demande. En general, puede sostenerse que la información comprende: identificación del solicitante, datos relativos a la empresa, tipo de garantía o cobertura que se demanda y número de ellas realizadas con otras entidades.

Si tenemos en cuenta que uno de los principios básicos de la práctica moderna del seguro de caución es la de selección de los riesgos; este documento es vital para que el asegurador pueda conocer la posición económica, así como la moralidad, profesionalidad, etc, del tomador, que serán determinantes para otorgar o no la cobertura.

3.2. La Póliza del Seguro de Caución.

Como en todo Contrato de seguro, la Póliza, en el seguro de caución tiene como función, además de ser prueba de la existencia del contrato, la de establecer el régimen convencional entre las partes intervinientes. En tanto el seguro de caución se configura como un seguro por cuenta ajena la póliza va a ser el instrumento que regule las relaciones entre asegurador y tomador, quedando al margen de estas estipulaciones, el asegurado.

Pueden destacarse como notas de interés que son comunes a la mayoría de las pólizas de seguro de caución, las siguientes:

- a. Valoración anticipada del daño, configurándose pólizas tasadas, facilitándose de esta manera, la liquidación en caso de siniestro (este extremo chocaría con el principio indemnizatorio analizado).
- b. El asegurado no participa en la conclusión de la póliza ya que es un seguro por cuenta ajena.
- c. Frecuente inclusión de cláusulas que permiten al asegurado reclamar la indemnización sin necesidad de probar el incumplimiento del deudor.
- d. Las aseguradoras hacen especial hincapié respecto a su derecho de reembolso, señalando el carácter ejecutivo de la póliza.

3.3. Documento aval.

Debe precisarse que no siempre el asegurador expide estos documentos ya que en ocasiones, el contrato se articula exclusivamente a través de la póliza.

El uso del aval se justifica ya que en un seguro por cuenta ajena, en el que la póliza se refiere principalmente a las relaciones entre asegurador y tomador, es lógico que exista un documento distinto para instrumentar las relaciones con el asegurado o beneficiario.

El contenido del aval puede resumirse en:

- a. Elementos personales. El contenido personal es más amplio que el de la póliza ya que se incluye al asegurado, se utilizan términos como: garantizado (tomador), garante (asegurador) y beneficiario (asegurado).
- b. Reconocimiento de garantía. El asegurador expresa su compromiso de responder frente al beneficiario, del comportamiento del deudor garantizado.
- c. Extensión y circunstancias de la garantía. Se determina frente a que responde el garante, la fecha en que comienza a tener efecto la garantía, su vigencia temporal, las condiciones bajo las cuales el beneficiario puede pedir al garante la realización de la garantía, régimen de excepciones.

En relación a cual es la función del aval debemos pensar que en el seguro de caución existen dos planos obligacionales diferentes, en los que participan tres sujetos distintos. Hay una relación jurídica principal, en la que participan un acreedor y un deudor y es en ella que se exige la constitución de una garantía. Por otro lado está la relación jurídica que emerge del contrato de seguros, en el que encontramos el asegurador y el tomador. El asegurado permanece al margen de la póliza y dada la función de garantía que cumple este seguro, junto a la póliza se expide el documento llamado aval, con la finalidad de regular las relaciones entre el asegurado (beneficiario) y el asegurador (garante).

Se ha discutido en relación a si este documento aval se encuentra desvinculado de la Póliza, constituyendo un contrato diferente, o si por el contrario, forma parte de ella.

Aquellos autores que han sostenido que estamos frente a un contrato distinto a la Póliza, sostienen que el aval constituye un verdadero contrato de fianza. Dicho contrato se perfeccionaría desde el momento en que el acreedor recibe y acepta el documento que recoge la obligación del asegurador⁴⁰.

Por su parte, aquellos que sostienen que no pueden disociarse aval y póliza (posición, que compartimos), entienden que la función que cumplen los documentos que expide el asegurador junto con la póliza es puramente instrumental, y el hecho de que se realicen separadamente de la póliza no significa que por esa vía se constituya la garantía, ni que ésta sea diferente a la otorgada por el propio seguro⁴¹.

4. CLÁUSULAS A PRIMER REQUERIMIENTO.

En la práctica asegurativa, se incluyen con frecuencia en las pólizas de seguro de caución, cláusulas “a primer requerimiento”, que generalmente van acompañadas de la renuncia por parte de la entidad aseguradora a oponer cualquier tipo de excepciones frente a la reclamación del asegurado. La frecuencia e importancia de estas prácticas se relaciona con la utilización de las “garantías a demanda” o “garantías independientes” y su inclusión trae aparejada consecuencias prácticas.

40 Actualidad aseguradora. 1991, Pág. 74.

41 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 44.

Parte de la doctrina sostiene que la función que cumplen las cláusulas a primer requerimiento es la de no subordinar el pago hecho por el asegurador a la prueba del incumplimiento de la obligación garantizada.

De esta manera, se invierte la carga de la prueba, estableciendo a favor del asegurado, en caso de que éste exija el pago, una presunción *iuris tantum* de que el deudor ha incumplido. El asegurador puede, romper dicha presunción mediante la prueba en contra. Ello hace suponer que el asegurador podrá siempre oponer al asegurado las excepciones que se refieran a la inexistencia o nulidad de los elementos del contrato, y las que se deriven de la inexistencia o ilicitud de la causa, del riesgo o la actuación dolosa del asegurado.

Sin embargo, las cláusulas a primer requerimiento, han sido interpretadas por la mayoría de la doctrina, en el sentido de que el asegurador no sólo no puede exigir la prueba del incumplimiento, sino que no puede oponer ninguna excepción, ni siquiera las derivadas del contrato de seguro. En definitiva, en el supuesto normal, tal como señala Embid Irujo⁴², el asegurador tiene frente a la reclamación del asegurado, la posibilidad de oponer como excepciones, por un lado *“los hechos que han impedido la constitución válida del derecho exigido por el asegurado, lo han paralizado o lo han extinguido, y por otro lado, las excepciones personales que aquél tenga frente a éste, provengan o no del contrato”*. Frente a ello, la inclusión de la cláusula a primer requerimiento, supone privar al asegurador de la posibilidad de oponer cualquier excepción, esto es, al reclamar el asegurado el importe de la garantía, está aquél obligado a pagar sin detenerse a examinar la legitimidad y procedencia de tal petición. Es así que se asimila el instituto a las garantías independiente emitidas por los bancos.

Se ha sostenido el carácter abusivo de estas cláusulas, en tanto la exoneración unilateral del deber de comprobación supone una violación de las exigencias de la buena fe, límite de la libertad contractual. Teniendo presente que en el seguro de caución, tomador y asegurado no son la misma persona, los intereses en colisión son los de éstos, por lo que habrá que ponderar el beneficio que con estas cláusulas obtiene el asegurado, y el perjuicio que se irroga al tomador.

Se ha entendido, que el seguro de caución puede ser la vía para la constitución de una garantía independiente. Así lo entiende Embid Irujo⁴³, para quien *“la mayor parte de las modalidades de este seguro que se practican entre nosotros aparecen caracterizadas por obviar el trámite citado y optan por presumir la producción del siniestro con el simple requerimiento del asegurador (...) Por esta vía, el seguro de caución ha pasado a formar parte, como un ejemplo más, de la categoría de las llamadas garantías a primera solicitud, caracterizadas por abstraer la obligación del garante de las vicisitudes de la obligación garantizada”*.

La posibilidad de admisión de una garantía independiente debe realizarse en forma restrictiva, admitirse únicamente cuando surja de forma indudable de la voluntad de los contratantes; cuando tal voluntad no surja en forma clara, deberá optarse por considerar que tales cláusulas dan lugar, únicamente a una inversión de la carga probatoria. Este criterio es sostenido, por Embid Irujo, quien afirma que la inclusión de las *“cláusulas a primer requerimiento”* parecen manifestar la intención de la constitución de un obligación no accesorio, tales cláusulas son, una presunción *iuris tantum*, no pudiéndose afirmar sin más el carácter no accesorio de la obligación del garante, ello deberá hacerse luego de analizar el texto íntegro de la garantía.

Sostiene Camacho de los Ríos⁴⁴, que el análisis restrictivo se justifica ya que:

- las garantías independientes son, originalmente, garantías otorgadas por bancos y destinadas a cubrir los riesgos de operaciones generalmente internacionales, por lo que su inserción en las pólizas de seguro deberá analizarse con detenimiento.
- Debe tenerse presente la diferencia entre el carácter causal del contrato de seguro frente al carácter abstracto de la garantía.

42 Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución: régimen, Op. cit. Pág. 1068.

43 Embid Irujo, J.M. “Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución”. La Ley, año XI, Núm. 2459, Pág. 3

44 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 141

CAPITULO CUARTO

FUNCIÓN JURIDICO – ECONÓMICA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

FUNCIÓN CAUCIONAL O INDEMNIZATORIA.

Para poder determinar cual es la función que cumple el seguro de caución, debemos preguntarnos que función cumple éste en la relación jurídica principal. A esta pregunta cabrían dos respuestas: que el seguro de caución persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal o, por el contrario, que el seguro de caución persigue indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento de la obligación principal.

Si sostenemos la primera de las respuestas, entendemos entonces que el seguro de caución tiene una función de garantía; mientras que si sostenemos la segunda de las respuestas estaríamos afirmando que la función del seguro de caución es indemnizatoria.

Duzi y De Zuliani, citados por Camacho de los Ríos⁴⁵, califican al seguro de caución como una de las formas de aseguramiento del crédito en sentido amplio (la otra forma sería el seguro de crédito entendido en sentido estricto, esto es, como aseguramiento frente a la insolvencia del deudor), y consideran que bajo tal denominación, encuadran todas aquellas formas de garantía en las que se sustituye, con una póliza de seguro, la caución real que, por contrato o por ley, debe ser prestada por determinadas personas, en garantía del cumplimiento de las obligaciones que surgen en ocasión de una determinada relación jurídica.

En el mismo sentido que los autores mencionados, la doctrina que considera que la función del seguro de caución es de garantía, sostiene que la función del seguro de caución y la función de la caución entendida como depósito de dinero o títulos, son idénticas: garantizar al acreedor que su crédito será satisfecho, Si bien el medio utilizado en cada caso es diferente ya que en la caución el acreedor tiene la posibilidad de autosatisfacción porque puede preventivamente incautar la caución. En el seguro de caución, la satisfacción del crédito va a depender del acto de cumplimiento de un tercero. Sin embargo la diferencia apuntada es respecto al medio de operar, manteniéndose idéntica la finalidad.

Esa función caucional ha sido reconocida por la doctrina italiana y también por los órganos italianos de control de la actividad aseguradora, tal como sostiene Camacho de los Ríos. En este sentido el Ministerio de Industria ha señalado en la Circular N° 433 de Noviembre de 1979, que *“constituye el contenido de este ramo aquellos contratos que absorben la misma función jurídico – económica (y, por lo tanto, son sustitutos) que la caución, en dinero u otros bienes, que un determinado sujeto –normalmente, el contratante del seguro- está obligado a constituir a favor de la Administración pública o de un particular (el asegurado beneficiario de la prestación del asegurador), con el fin de garantizar el cumplimiento de una, su futura obligación pecuniaria, a título de resarcimiento del daño o penalidad...”*

En la doctrina española es también predominante la tesis de la función caucional del seguro de caución. Así, Font Galán, citado por Camacho de los Ríos⁴⁶, sostiene que la póliza de seguro de caución es un medio de prestar caución que surge com motivo de la realización de ciertos contratos en los que se impone a uno de los contratantes la obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emergen del mismo. En definitiva para el autor, la noción de cuación coincide con la genérica de garantía, abarcando tanto la garantía personal como la real.

45 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 49.

46 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 50-51.

Por su parte Embid Irujo⁴⁷ entiende que la función social típica de las diversas modalidades del seguro de caución no es otra que transformar una garantía real, cuya constitución es legal o convencionalmente debida, en una garantía personal. Ello comporta una innegable ventaja, ya que, manteniéndose el mismo resultado que se obtendría con un depósito real, se evitan los inconvenientes de la inmovilización de dinero o títulos.

Por nuestra parte, entendemos que el seguro de caución cumple una función de garantía, esto fue así, desde sus orígenes, y puede sostenerse que está en la esencia del instituto. En la actualidad, el seguro de caución, al ser concertado por una empresa aseguradora (que debe cumplir con la reglamentación administrativa que establece requisitos en cuanto a capital, reserva, etc.); se considera como fianza suficiente para sustituir a la caución en la función de garantizar el cumplimiento de la obligación principal. Es sosteniendo la función caucional del seguro de caución que pueden entenderse algunos de sus caracteres tales como la renuncia al beneficio de excusión, la frecuente inclusión de cláusulas a primer requerimiento, cláusulas cuya finalidad es incrementar el poder de autotutela del acreedor, acercándolo a la posición en la que se encontraría de haberse consituído una caución real.

Sin perjuicio de lo expresado, y a los efectos de determinar el carácter indemnizatorio o de garantía del seguro de caución, se han tenido en cuenta determinados caracteres que han inclinado a la doctrina por una u otra solución.

1. Carácter autónomo del negocio.

Los autores que sostienen el carácter indemnizatorio del seguro de caución⁴⁸, plantean que el seguro de caución se configura como un negocio autónomo, cuya función indemnizatoria resulta evidente, en tanto el riesgo cubierto por el asegurador es el daño que deriva del incumplimiento de la obligación del tomador y la indemnización por él pagada está dirigida a eliminar los efectos negativos que tal incumplimiento ha producido en la esfera jurídico-patrimonial del asegurador.

Dichas conclusiones conducen a sostener que la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador es de carácter autónomo en contraposición a aquellas opiniones que sostienen el carácter accesorio y la función de garantía.

En el mismo sentido, Olivencia⁴⁹ comentando el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro española, sostiene que cuando en dicho artículo se dispone: “a título de resarcimiento o penalidad” el legislador ha querido señalar, el carácter indemnizatorio de este seguro, ya que a diferencia de lo que sucede con el fiador, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento del tomador; no se obliga a cumplir en caso de que éste no lo haga.

La Jurisprudencia española, por su parte, se ha adherido a la posición que sostiene el carácter indemnizatorio de la obligación del asegurador. En este sentido, se plantea que, mientras que el fiador cumple en defecto del deudor, el asegurador no cumple por nadie, sino que indemniza el perjuicio económico derivado del incumplimiento del deudor principal. Otro de los argumentos esgrimidos por la Jurisprudencia es que, mientras que el fiador debe cumplir toda vez que el afianzado incumpla, el asegurador requiere, además del incumplimiento, que como consecuencia del mismo se hayan causado daños y perjuicios al asegurado.

Por su parte, los argumentos esgrimidos por la Doctrina que considera que la función del Seguro de caución es de garantía, se basan en que: la fianza refuerza la probabilidad de que el acreedor vea satisfecho su interés, y el seguro de caución persigue la misma finalidad y el fiador no está cumpliendo la misma prestación que el deudor, sino que su función es la de proteger el interés económico que el acreedor pudiera tener en aquella prestación.

47 Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica” en La Ley, 1986, II, p. 1064. “El seguro de caución como garantía” en Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”. Madrid 1990, Pág. 699.

48 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 352-353

49 Olivencia Ruiz, M, “Seguros de crédito, caución, responsabilidad civil y reaseguro” en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Madrid 1982, Pág. 865 y ss.

Otro de los argumentos esgrimidos a favor de la función de garantía del seguro de caución es que más allá de que se establezca en algunas legislaciones, como la española, que el asegurador se obliga a indemnizar el daño sufrido por el acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor; pocas veces en la práctica se evalúan dichos daños, ya que los mismos se encuentran tasado previamente, al momento de redactarse la póliza.

Para Embid Irujo⁵⁰ *“la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza, puesto que en aquel, la empresa aseguradora no se obliga a resarcir los daños hipotéticamente producidos por el incumplimiento, sino, más bien, a cumplir la obligación del tomador”*.

2. Accesoriedad.

Es otro de los caracteres que se tienen en cuenta a la hora de adoptar una u otra posición respecto a la función del seguro de caución.

La accesoriedad se entiende en sentido amplio, como la necesaria conexión funcional de la obligación accesoria con la principal, es decir, la obligación accesoria siempre presupone la existencia de una principal.

En la fianza, la accesoriedad implica que la obligación del fiador no puede nacer ni subsistir sin la principal, el contenido de la obligación del fiador no puede exceder de la del deudor principal, la obligación del fiador no puede ser contraída en condiciones más gravosas que la del deudor principal y la obligación del fiador se trasmite y extingue con la principal⁵¹.

Algunos de los preceptos antes mencionados, derivados del carácter accesorio de la fianza, no se encuentran en el seguro de caución. Sin embargo, ello no puede ser causa de la exclusión del carácter fideiusorio del seguro de caución, en tanto debe considerarse que los preceptos anteriormente citados no son de derecho imperativo y por lo tanto admiten pacto en contrario.

La doctrina está dividida en cuanto al carácter accesorio o no del seguro de caución. Parte de la doctrina sostiene que la obligación del asegurador tiene carácter accesorio y por lo tanto la póliza de seguro de caución es un instrumento para cumplir la obligación de prestar caución, obligación que surge de la relación jurídica principal. Sin embargo autores como Tirado Suárez⁵² que señalan el carácter autónomo del seguro de caución.

3. Subsidiariedad.

La subsidiariedad es una consecuencia de la naturaleza sustitutiva de la obligación del fiador que cumple en lugar del deudor principal.

Parte de la doctrina sostiene que es ésta una característica que identifica a la fianza ya que en ésta el fiador debe cumplir su obligación, sólo si el deudor no cumple la suya. Consecuencia de lo expresado es el beneficio de excusión, concebido como el deber del acreedor de ejecutar previamente al deudor. Como este elemento puede no estar presente, entiende este sector doctrinal que no nos encontramos entonces frente a un elemento esencial de la fianza.

Quienes consideran a la subsidiariedad como un elemento esencial sostienen que la subsidiariedad no se reduce exclusivamente al beneficio de excusión, sino que implica también el que la exigibilidad de la obligación del fiador suponga el incumplimiento de la del deudor.

50 Op. cit. “El seguro de caución. Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica. La Ley 1986, II, pp. 1064 y ss.

51 Gamarra, J. Tratado de Derecho Civil. Op.cit.

52 Tirado Suárez, “Seguro de caución. Pignoración...” Pág. 818

Podemos sostener que en relación al seguro de caución, la subsidiariedad aparece como un elemento esencial, ya que la eficacia de la garantía que de él se deriva está subordinada al éxito de la denuncia formal de incumplimiento ejercitada por el acreedor garantizado.

En virtud de lo expuesto, y coincidiendo con la doctrina mayoritaria, se entiende que la obligación que en virtud del seguro de caución, asume el asegurador, es de garantía o fideiusoria. Esto es así ya que el seguro de caución está destinado a proteger al asegurado frente al incumplimiento del tomador-deudor y a salvaguardar el interés económico de aquél en la obligación garantizada. Esto no significa que la naturaleza contractual de la póliza de caución sea la de fianza, tal como se analizará en el capítulo siguiente. En este sentido, tal como analizaremos, las posiciones doctrinales son muchas y muy variadas, admitiendo todas ellas que en el seguro de caución concurren elementos típicos de la fianza y del seguro.

CAPITULO CINCO

NATURALEZA JURIDICA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

La determinación de la naturaleza jurídica del seguro de caución y la función que este cumple en la relación jurídica principal, se basa en establecer si la obligación del asegurador es de carácter asegurativo (indemnizatorio) o de carácter fideiusorio (de garantía).

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

A ello debe sumársele la falta de claridad al momento de redactar las pólizas, ya que en ellas se utiliza de forma indiscriminada términos propios de la fianza y del seguro.

La Doctrina, luego del análisis del instituto ha arribado a diversas conclusiones, elaborando teorías que tratan de explicarlas. Algunas posiciones sostienen que estamos en presencia de un contrato de fianza, otras de un contrato de seguro, mientras que otras sostienen que se trata de un negocio mixto. A continuación trataremos de plasmar dichas teorías.

A. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA.

Es necesario preguntarse si en el seguro de caución se repite el esquema jurídico del contrato de fianza. En efecto, el seguro de caución tiene una estructura compleja, en la que se encuentran tres sujetos bien definidos: deudor, acreedor y garante. Tal complejidad hace, que aún cuando el seguro tenga una función fideiusoria, no exista acuerdo respecto a la unidad o duplicidad de las relaciones jurídicas existentes, así como respecto a la calificación contractual de la póliza de seguro de caución.

El Seguro de caución puede entenderse como un contrato celebrado entre deudor (tomador) y fiador (asegurador) aceptado posteriormente por el acreedor (beneficiario). La Doctrina ha discutido respecto a la calificación del tipo contractual con el que nos encontramos en la fase anterior a la aceptación. Es así que se han planteado diferentes teorías: aquellas que consideran a este contrato como preparatorio, y las que lo consideran como un contrato a favor de un tercero. Ambas teorías parten de la consideración de que el seguro de caución es un contrato de fianza.

53 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 350

1. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO CONTRATO PREPARATORIO.

Esta tesis niega la naturaleza asegurativa del seguro de caución, en tanto considera que el fin perseguido por las partes es la constitución de una fianza. La póliza no es más que un negocio preparatorio en el que se designa las partes intervinientes, se fija el importe de la fianza, su duración, los casos en que es exigible, etc.

Tal como sostiene Camacho de los Ríos⁵⁴ esta tesis es pasible de las siguientes críticas: el contrato preparatorio es un contrato en virtud del cual los contratantes se obligan a suscribir un contrato futuro. De ello se desprende que una vez celebrado este segundo contrato, el contrato preparatorio se extingue. Esto no es aplicable, ni sucede, en el seguro de caución, ya que el contrato que se concreta con la póliza no se extingue una vez que es aceptado por el acreedor. En la propia redacción de las pólizas se incluyen cláusulas que fijan la vigencia temporal de la cobertura y ponen de manifiesto la voluntad de las partes de que el seguro de caución subsista paralelamente a la garantía prestada por el asegurador.

2. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.

Contrato a favor de un tercero es aquel en que las partes celebran el contrato para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero, que no ha tenido participación en el negocio y no queda obligado por él. Este contrato supone la existencia, entonces de tres partes: los contratantes que conciertan el negocio (estipulante y promitente) y el tercero a quien se beneficia (beneficiario).

A esta teoría se afilia gran parte de la Doctrina, entendiéndose que el seguro de caución es un contrato de fianza a favor de tercero, una garantía asumida en virtud del acuerdo entre deudor y fiador. De esta manera el deudor-tomador ocuparía la posición del estipulante, el asegurador la de promitente y el asegurado la de tercero en cuyo favor se realiza el contrato.

Surgen en esta estructura de contrato a favor de terceros, tres grupos de relaciones diferentes:

a. Relación entre promitente (asegurador) y estipulante (tomador): estamos frente al propio seguro de caución, del cual surge el derecho a favor del beneficiario y otra serie de derechos y obligaciones (por ejemplo pagar la prima, el derecho de reembolso, etc.)

Antes de la aceptación del beneficiario, pueden asegurador y tomador, desistir de mutuo acuerdo del contrato celebrado, y además por tratarse de un contrato sinalgamático, podrá el contrato resolverse si la otra parte no cumple aquello a lo que se había obligado. Además el beneficiario no podrá exigir nada al promitente.

Una vez que la aceptación del beneficiario se produce el contrato despliega todos sus efectos y el derecho del beneficiario se hace exigible, sin importar las circunstancias que puedan invalidar al contrato. En este sentido, en la Ley de Contrato de Seguros española, se prevé en el artículo 15, que el impago de las primas por parte del tomador, no afecta para nada la obligación de la compañía aseguradora frente al beneficiario.

b. Relación entre estipulante (tomador) y beneficiario (asegurado): esta relación es la causa que justifica la atribución patrimonial que por indicación del estipulante hace el promitente al beneficiario. Específicamente respecto del seguro de caución, deberemos preguntarnos qué es lo que justifica que el tomador celebre el contrato de seguro a favor del asegurado. En general dicha causa, es la de sustituir la obligación de prestar caución real.

⁵⁴ Camacho de los Ríos J. Op. cit. Pág. 70.

c. **Relación entre promitente (asegurador) y beneficiario:** es esta una relación de fianza, ya que se trata de una relación autónoma entre fiador y acreedor.

Esta teoría, es la aceptada por la mayor parte de la Doctrina que considera al seguro de caución como un seguro por cuenta ajena, perteneciente a los contratos a favor de terceros. En este sentido Tirado Suárez⁵⁵ afirma que cuando el tomador contrata el seguro de caución, no pretende amparar su propio patrimonio, sino el patrimonio del beneficiario frente a los posibles daños sufridos a consecuencia de su incumplimiento. De la misma manera Olivencia⁵⁶ sostiene que: *“la ley ha establecido un esquema de elementos personales en cuya virtud tomador y asegurador son siempre personas distintas en esta modalidad, siendo el primero deudor y el segundo acreedor en la relación jurídica obligatoria a la que el seguro se refiere. En otras palabras, el seguro de caución será siempre, por cuenta ajena”*.

B. NATURALEZA MIXTA DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

Las teorías que se venían desarrollando, partían de la base de que el seguro de caución es un contrato de fianza. Las que se expondrán a continuación, parten de la consideración de que en el seguro de caución aparecen elementos tanto del ámbito fideiusorio como asegurativo.

1. TEORÍA DEL NEGOCIO INDIRECTO.

La teoría del negocio indirecto, plantea que el Seguro de caución es un negocio indirecto ya que las partes concluyen un contrato de seguro, cuando lo que realmente persiguen es la constitución de una fianza.

Tamburrino, citado por Camacho de los Ríos⁵⁷ sostiene que el fin perseguido con el contrato es el de constituir una fianza, pero el medio utilizado es la póliza de seguros. Plantea el autor, que este carácter del negocio determinará el derecho aplicable, así, las cuestiones relativas a la forma se deberán regir por las normas reguladoras del negocio celebrado (contrato de seguro); mientras que el contenido del negocio, deberá regirse por las normas reguladoras del negocio cuyo fin se ha conseguido indirectamente (la fianza).

Sobre la configuración indirecta del seguro de caución, también se ha pronunciado la Jurisprudencia argentina, que ha sentado un precedente de referencia en este sentido. Se trata de la Sentencia del 30 de Junio de 1992, dictada en autos “Ministerio de Economía (Secretaría de Intereses Marítimos) c. Prudencia, Compañía de Seguros Generales. S.A”. (Fallos 315:1406). Entre sus fundamentos, luego de advertir que en el seguro de caución no habría, pese a su nombre, un verdadero riesgo asegurable –un hecho ajeno a la voluntad de las partes-, la Corte lo califica de contrato de garantía al cual, por suscribirse bajo la forma y las modalidades del de seguro, le han de ser aplicables las regulaciones y principios propios de éste, en todo aquello que no contradiga la esencia de esa relación específica de garantía. Para ser exactos, no obstante, corresponde resaltar que unos años más tarde, al dirimir un litigio precisamente entre las mismas partes, la Corte se habría acercado en algún punto al carácter asegurativo del contrato (Fallos 321:3334, del 10 de Diciembre de 2008).

Carrasco Perera⁵⁸, crítico de esta tesis, sostiene que admitir la tesis del negocio indirecto supondría admitir que el ordenamiento jurídico está poniendo a disposición de los contratantes un tipo contractual determinado con el fin de que éstos puedan, a través del mismo, realizar intereses que son ajenos al contrato elegido y propios de otro contrato.

55 Tirado Suárez, J. “Seguro de Caución. Pignoración de pólizas de seguro” en Contratos Bancarios, 1992, Pág. 819.

56 Olivencia, Ruiz M. “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro” en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Madrid. 1982, Pág. 879-880

57 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 75.

58 Carrasco Perera, A, “Fianza, accesoriadad y contrato de garantía”. Madrid 1992, Pág. 109

2. TEORÍA DEL NEGOCIO COMPLEJO O MIXTO.

Debido a que en el seguro de caución aparecen elementos comunes al contrato de seguro y al contrato de fianza; la teoría del negocio complejo o mixto plantea que el seguro de caución presenta una naturaleza mixta.

La Jurisprudencia italiana ha adoptado tal postura, en el entendido de que, cuando existe la imposibilidad de definir categóricamente una figura jurídica, y ésta tenga elementos de varios institutos; deberá aplicarse (como consecuencia de la teoría de la absorción) y en atención a la función fideiussoria del instituto; la figura de la fianza.

Tal como sostiene Camacho de los Ríos⁵⁹ es ésta una teoría estéril a la hora de determinar la naturaleza jurídica del seguro de caución, ya que catalogarlo de naturaleza compleja no significa que no pueda ser encuadrable dentro de un esquema negocial en atención a su causa. Sostiene el autor que no es posible aceptar que el seguro de caución posee una causa mixta, ya que la causa del seguro de caución para el autor, es la de garantía, tal como sostiene también Embid Irujo⁶⁰.

3. TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO ATÍPICO.

Al igual que la teoría anterior, la teoría del negocio jurídico atípico califica al seguro de caución como un contrato de garantía personal de naturaleza atípica. Dicha atipicidad radicaría en que se le incorporan modificaciones parciales al negocio de fianza que lo convierten en un subtipo innominado de fianza.

Esta teoría ha tenido muchos adherentes, tanto en la Doctrina, cuyo mayor exponente en este sentido es Embid Irujo⁶¹, como también en la Jurisprudencia. La misma posee las siguientes consecuencias prácticas:

- a. Al no ser el seguro de caución un contrato de seguro: la falta de riesgo asegurable no da lugar a la nulidad del contrato por falta de causa; y el incumplimiento doloso por parte del tomador, no exime al asegurador de la obligación de pagar.
- b. Al ser genéricamente un contrato de fianza, implica un derecho de reembolso a favor del asegurador cuyo fundamento se encuentra en el derecho civil.
- c. De la naturaleza de subtipo innominado de fianza se deriva la validez de la obligación de pagar la prima, obligación (del deudor) que no tiene la consideración recíproca con respecto a la obligación del asegurador de pagar en caso de incumplimiento.

4. TEORÍA DEL AVAL EN SENTIDO AMPLIO.

Esta teoría, de desarrollo reciente, pero que ya ha sido recogida en algunos fallos de la Jurisprudencia española, sostiene que la Doctrina moderna admite el aval no sólo como afianzamiento privativo del contrato cambiario, sino, en sentido más amplio, como un contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos. De allí surge la idea de aval en sentido amplio, entendido éste como contrato de garantía. Ubicando dentro de esta categoría al seguro de caución, se está haciendo hincapié en su función de garantía, y explicaría la inclusión de cláusulas "a primer requerimiento".

⁵⁹ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 77.

⁶⁰ Embid Irujo, J. M. Op. cit. Pág. 1076.

⁶¹ Embid Irujo, J.M., "Aval, fianza y seguro de caución". La Ley Año XIII, No. 2954 Pág. 6; "El seguro de caución: régimen jurídico..." Op. cit. No. 1064. "Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 21 de Abril de 1989". La Ley, año XI, No. 2459, Pág. 1 y ss.

Aquellos que no están de acuerdo con la presente teoría, sostienen que el peligro de la misma radica en que se trate de utilizar el término aval para eludir las reglas de la fianza, asimismo manifiestan que la simple afirmación de que el seguro de caución es admisible en tal categoría no es suficiente, para clarificar su naturaleza jurídica.

C. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y EL CONTRATO DE SEGURO.

Parte de la doctrina, niega el carácter fideiussorio del seguro de caución, sosteniendo que éste tiene naturaleza asegurativa.

Los argumentos que se han sostenido para llegar a tal conclusión son, entre otros, esgrimidos por Tirado Suárez⁶² quien sostiene:

- La presencia de una empresa de seguros, implica el sometimiento a la técnica aseguradora en cuanto a tarifas del seguro, principio de mutualidad, determinación de las primas.
- La tutela del riesgo asumido tiene como fundamento la delimitación del riesgo a asegurar por parte del tomador realizada en la declaración inicial.

1. PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

La finalidad del seguro es la reparación o indemnización de un daño y jamás puede procurar un enriquecimiento para el asegurado. El principio indemnizatorio se convirtió en la base para el estudio de la esencia jurídica del contrato de seguro, habiendo la doctrina, cuando estudia la naturaleza del contrato, tomado a la teoría indemnizatoria como punto de partida.

Dichas teorías coinciden en la función económico – social del seguro de daños (el seguro de vida merece otras consideraciones que no son el objeto del presente trabajo), que es la de indemnizar o reparar un daño.

En el sentido expresado, Vivante⁶³ (que no acepta la validez del principio indemnizatorio para todas las prácticas de seguro), sostiene que *“en el seguro sobre las cosas, la finalidad de resarcimiento constituye la causa jurídica del contrato”*. De la misma manera Garrigues⁶⁴ entiende que *“en todo tiempo, y de acuerdo con su esencial finalidad, el seguro de daños en las cosas se ha fundado, más o menos explícitamente, en el principio indemnizatorio”* y que *“la completa reparación del daño es la causa del contrato”*.

El seguro de caución, tal como lo hemos sostenido, puede calificarse como seguro de daños; por ende debe analizarse si en él encontramos el principio indemnizatorio como base, así como la relación que este principio tiene con la determinación del riesgo y su asegurabilidad.

2. LA DELIMITACION DEL RIESGO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

En el Capítulo Tres, se analizó el elemento riesgo en general y algunas especificidades que éste presenta en el seguro de caución. Consideramos que requieren un estudio más detallado en esta instancia dos cuestiones: la delimitación del riesgo y su consideración como riesgo asegurable.

62 Tirado Suárez, J. “Seguro de caución. Pignoración de las pólizas de seguros” en Contratos Bancarios. Madrid, 1992, Pág. 817 y ss.

63 Vivante, C. Del contrato de seguro, de la prenda, del depósito en los bancos generales”. Bs.As., 1952

64 Garrigues, J. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid, 1983.

Parte de la Doctrina entiende que el seguro de caución es una subespecie del seguro de crédito, y por lo tanto cubre el mismo riesgo que éste: la insolvencia. Otros autores sostienen que ambos seguros cubren riesgos diferentes: el seguro de crédito, la insolvencia; y el seguro de caución, el incumplimiento.

a. INSOLVENCIA COMO RIESGO ASEGURADO.

a. 1. Teoría del riesgo principal y el riesgo restrictivo.

Sostiene Camacho de los Ríos⁶⁵ que el principal exponente de esta teoría es Brehm, quien entiende que el riesgo en el seguro de caución es la insolvencia del deudor, al igual que en el seguro de crédito. Sin embargo, sostiene Brehm, en el seguro de caución existe además el riesgo “*restrictivo*”. Este segundo riesgo, concurre con el riesgo principal, que es la insolvencia, y lo restringe; en la medida en que la insolvencia del deudor no obliga, por sí sola, a intervenir al asegurador. Este, sólo indemnizará cuando se produzca el segundo riesgo, que es el descrito en la póliza.

En conclusión, esta teoría plantea que el riesgo cubierto por el seguro de caución, es el de la insolvencia, que se configura como riesgo único, ya que los hechos descritos en la póliza, si no van acompañados por la insolvencia, no dan lugar a la prestación del asegurador.

La crítica que puede hacerse a esta teoría es que el seguro de caución pretende cubrir las consecuencias dañosas producidas por el incumplimiento de un deudor independientemente de la situación de insolvencia de éste.

a.2. Teoría del riesgo de tesorería y del riesgo contencioso.

Sostiene Camacho de los Ríos⁶⁶ que aquellos que adhieren a esta teoría, sostienen que el riesgo cubierto por el seguro de caución se ha explicado bajo la consideración de que la insolvencia admite diferentes grados. Así, algunos autores entienden que el seguro de caución forma parte del seguro de crédito, ya que éste tiene un campo de actuación que va desde la falta de pago del crédito hasta la pérdida del crédito de forma total y definitiva. De esta manera, el seguro de crédito cubre el riesgo en su último estado o la solvencia definitiva, mientras que el seguro de caución cubre el riesgo del crédito en su primer estado o riesgo de tesorería.

Otro de los autores citado por Camacho de los Ríos es Vanard, quien niega que el seguro de caución tenga carácter asegurativo y sostiene que el riesgo que éste cubriría, es el de la insolvencia del deudor. Para arribar a tal conclusión, parte de la consideración de que el incumplimiento de pago del crédito a su vencimiento no puede ser identificado como un verdadero riesgo ya que el acreedor dispone de diversos recursos para satisfacerse si el deudor tiene activo suficiente. Es así que por el mero incumplimiento, el crédito no puede considerarse perdido, y la prestación del asegurador sólo puede considerarse como un adelanto de tesorería o de provisión para cubrir la posible pérdida definitiva del crédito por la insolvencia del deudor. La subrogación del asegurador puede tener como resultado recuperar el importe adelantado al asegurado o por el contrario que no pueda recuperarlo porque el deudor se encuentra en estado de insolvencia definitiva. Es en este caso donde Vanard entiende que está el verdadero riesgo del seguro de caución.

b. INCUMPLIMIENTO COMO RIESGO ASEGURADO.

La función que cumple el seguro de caución en el tráfico económico, es la de sustituir un depósito realizado por el deudor, en dinero o títulos, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones. La referida función caucional es la que nos permite identificar el riesgo en el seguro de caución. En efecto, el acreedor exige la

⁶⁵ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 88.

⁶⁶ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 91.

constitución del depósito para garantizar la indemnización, ante la posibilidad de que el deudor incumpla. Si aceptamos que el seguro de caución cumple una función caucional, no cabe sino concluir que el riesgo que éste cubre debe ser el mismo para el que se impuso el deber de constituir el depósito: el incumplimiento.

Señala Gambino⁶⁷ que en el seguro de caución no se cubre la reparación de un daño definitivo, sino que lo que se cubre es el exacto cumplimiento de la obligación principal. En este sentido, en los seguros que se constituyen a favor de la Administración Pública, la garantía del asegurador es sustitutiva del depósito preventivo de una suma (caución) que, como tal, garantiza a la Administración la posibilidad de autotutela en caso de que se produzca el incumplimiento del deudor.

Por su parte Tirado Suárez⁶⁸, sostiene que la diferencia entre seguro de crédito y seguro de caución radica en que el riesgo en el primero gira entorno a la noción de insolvencia definitiva, mientras que el seguro de caución protege al acreedor contra la insolvencia del deudor.

Para Garrigues⁶⁹, el seguro de caución protege al acreedor contra el incumplimiento del deudor. De esta afirmación se deduce que la diferencia entre seguro de crédito y seguro de caución es el grado de riesgo al que cada uno se refiere, o la entidad del riesgo cubierto.

En relación a la posibilidad de asegurar el incumplimiento como riesgo en el seguro de caución, la Doctrina no es unánime. Sí se admite que, mientras que el riesgo que supone la insolvencia de un deudor puede ser asegurado (ya que supone la pérdida definitiva de un crédito), la consideración del incumplimiento como riesgo hace difícil encuadrarlo en el esquema clásico del riesgo, ya que éste descansa en la posibilidad de un evento dañoso. En el seguro de caución parece que quiebra el principio indemnizatorio, ya que es dudosa la existencia de un daño. Es por ello que algunos autores, que consideran que sin daño no hay riesgo, concluyen que el seguro de caución no es un seguro, sino un contrato de fianza.

Frente a la anterior posición, otra parte de la doctrina defiende la asegurabilidad del incumplimiento:

b.1. Incumplimiento no es incompatible con el principio indemnizatorio.

Sostiene Gambino⁷⁰, que el daño asegurable no es sólo la pérdida definitiva de un crédito, sino cualquier lesión de un interés económico. También, desde un punto de vista jurídico, el interés del exacto cumplimiento puede constituir el presupuesto válido de un contrato de seguro.

Por su parte, Tirado Suárez⁷¹ entiende que quienes niegan que el incumplimiento implica un daño para el asegurado desconocen que la falta de ingreso de una determinada cantidad de dinero, o la falta recumplimiento de una concreta obligación producen daños efectivos en la economía del acreedor. No sólo, sostiene el autor, hay que tener en cuenta el beneficio económico inmediato que se obtiene con el pago, sino también el futuro empleo de dichos beneficios.

67 Gambino, A. "Lineas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca, y las nuevas fórmulas de seguro mixto de vida con prima única" *Revista Española de Seguros*, N° 70, 1992; Pág. 29 y ss.

68 Tirado Suárez, Op cit.

69 Garrigues, Op. cit. 1983, Pág. 350.

70 Gambino, A. Op. cit. Pág. 39.

71 Tirado Suárez, J. "El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español" apéndice al libro de Bastin J. "El seguro de crédito en el mundo contemporáneo. Madrid, 1980. Pág. 695

b.2. El principio indemnizatorio no es elemento esencial del contrato de seguro.

Otra parte de la Doctrina sostiene, que el hecho de considerar al incumplimiento como riesgo asegurado, se basa en la consideración de que el principio indemnizatorio no es un elemento esencial. Si bien es cierto que el principio indemnizatorio aparece siempre en ciertas formas de seguro, no por ello ha de configurarse como elemento imprescindible y esencial de todo contrato de seguro, sostienen los adherentes a esta posición.

3. EL SINIESTRO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

La ocurrencia del siniestro y su importancia se debe a que éste es la materialización del riesgo (la causa por la que el asegurado contrata con el asegurador), provoca la prestación del asegurador (reparando el daño o indemnizando al asegurado) y es la contrapartida por el pago de la prima, determinando el equilibrio de las prestaciones.

La ocurrencia del siniestro implica que el contrato ingrese en otra etapa, la liquidación o gestión del siniestro.

La materialización del riesgo que da paso a la prestación del asegurador, presenta en el seguro de caución ciertas particularidades:

a. En el seguro de caución, la cuantía es estipulada al momento de celebrar el contrato y aparece en la póliza.

En la mayoría de los seguros de daños la cuantía de la indemnización se fija luego de la ocurrencia del siniestro, mientras que en el seguro de caución la cuantía es estipulada al momento de celebrar el contrato y aparece en la póliza.

Esto se justifica por la función caucional de la póliza, ya que viene a sustituir el depósito en dinero o títulos que le viene impuesto al deudor – tomador. Siendo este depósito una suma determinada, es lógico que si lo que se pretende es la sustitución de ésta por la póliza, se recoja de antemano el importe o la cuantía de la garantía.

El uso de las pólizas tasadas, plantea el problema de su compatibilidad con el principio indemnizatorio, ya que éste prevé que el importe de la indemnización debe identificarse con los daños realmente sufridos, que sólo se conocen con posterioridad a la ocurrencia del siniestro. Sin embargo, el hecho de que las pólizas estén previamente tasadas no es obstáculo para afirmar el carácter indemnizatorio del seguro de caución, ya que lo que se satisface es una pena convencional. Nos encontramos en un supuesto de valoración anticipada y bilateral del daño.

Garrigues⁷², coincide con lo manifestado, y sostiene que en las pólizas tasadas no se vulnera el principio indemnizatorio, en tanto, en su opinión, la valoración contenida en la póliza tasada implica solamente una presunción de exactitud, que se traduce en la inversión de la carga probatoria. En este sentido, frente al supuesto en que el asegurado habrá de demostrar el valor de la cosa en el momento del siniestro, *“en el seguro con póliza estimada es el asegurador quien tendrá que demostrar que esa valoración consentida es exagerada y si lo demuestra, la valoración quedará sin efecto”*.

72 Garrigues, Op. cit. 1983, Pág. 139

b. En el seguro de caución, es la conducta del propio tomador la que origina el siniestro.

No existe en el seguro de caución el evento incierto característico de los seguros en general, y el siniestro no puede calificarse exactamente como "aleatorio", en la medida en que depende de la voluntad del tomador.

En opinión de Camacho de los Ríos⁷³, la única justificación a la intervención de la voluntad del tomador en la producción del siniestro, es la existencia de la acción de regreso, que es, en opinión de algunos autores, un modo de interesar al tomador en que el riesgo, su propio incumplimiento, no tenga lugar.

c. Falta de concreción teórica de cuándo se ha de entender producido el siniestro.

En el seguro de caución existe un amplio margen de libertad para que sean los propios contratantes los que determinen en qué momento se ha verificado el siniestro. Ello permite que pueda considerarse como incumplimiento sólo aquel que es imputable al deudor, o bien cualquier supuesto de no cumplimiento, lo que abarcaría el simple retraso en el tiempo, la prestación incompleta o defectuosa, así como el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. Es por ello y dada la amplitud referida, que cobra especial importancia, en el seguro de caución, el deber pre-contractual de declaración del riesgo.

d. Incorporación de las cláusulas de petición a primer requerimiento.

A pesar de que en la póliza se incluye una descripción del riesgo y del hecho que constituye el siniestro, se incorporan cláusulas de petición a primer requerimiento que posibilitan que el beneficiario pueda pedir en cualquier momento la prestación del asegurador, sin necesidad de probar el incumplimiento del tomador.

Por esa circunstancia, parte de la doctrina sostiene que se identifica el siniestro con la simple reclamación, rompiéndose, entonces el principio indemnizatorio. Si bien el tema fue analizado previamente, entendemos que la simple reclamación del asegurado, no puede identificarse con la producción del siniestro, sino que es una presunción de producción del siniestro, presunción que puede ser destruida mediante la prueba en contrario. Por lo tanto la inclusión de tales cláusulas implica que si el asegurador quiere evitar el tener que indemnizar habrá de ser él quien demuestre que no hubo tal incumplimiento. No es posible desconocer, que si bien el simple requerimiento del asegurado, no se equipara al siniestro, tal requerimiento, al ser una presunción de realización del siniestro, genera un efecto similar al verdadero acaecimiento del mismo, y va a desencadenar el inicio del mecanismo asegurador, tendiente a verificar su efectiva producción.

4. SINLAGMA EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

Quien en principio tiene la obligación de pagar la prima, es el tomador del seguro, sin perjuicio de lo cual, algunos autores sostienen que nada se opone a que la prima sea pagada por el asegurado.

Con respecto a la obligación de pagar la prima, la cuestión que se plantea es la de si el asegurador puede exonerarse de su obligación frente al asegurado alegando el no pago de la prima por parte del tomador. Frente a esta cuestión, debemos responder que si la prima no ha sido pagada antes de que ocurra el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación. Nada impide, no obstante, que se pacte expresamente el mantenimiento de la cobertura incluso en el caso de impago de la prima.

⁷³ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 101

La inclusión de tal cláusula ha servido para negar la naturaleza asegurativa del seguro de caución, ya que se daría la ruptura de la estructura sinalgamática del contrato de seguro, así como los principios de la técnica aseguradora, que exigen el pago anticipado como presupuesto de a garantía. A esta crítica ha respondido, entre otros Embid Irujo⁷⁴, señalando que, si bien el impago de las primas se opondría al sinalagma funcional, tal oposición no repugna a la naturaleza del contrato de seguro, por cuanto se mantiene el sinalagma genético.

Si bien, tal como se manifestaba, existe la posibilidad de que el asegurador de excepción del pago de la indemnización por no pago de la prima, Camacho de los Ríos⁷⁵ plantea la inconveniencia e de tal solución ya que:

- En relación al asegurado, el perjuicio que se le causa es indudable, ya que se está condicionando la eficacia del aval que ha recibido a la conducta de un tercero. Siendo además injusto que habiéndose constituido en su favor el seguro de caución para protegerle frente a los daños derivados del incumplimiento del tomador, resulta que la protección otorgada por dicha garantía queda al arbitrio de la conducta de éste.
- En relación al asegurador, y aún cuando en lo inmediato pudiera pensarse que le favorece el poder oponer la excepción de impago de la prima, es evidente que, a largo plazo resulta perjudicado, en tanto la eficacia del seguro de caución como tal, resultará cuestionada.
- De la misma manera, el tomador resultará perjudicado, ya que si se cuestiona la eficacia del seguro de caución, perderá la posibilidad de acudir a éste como medio de acceder a la celebración de determinados contratos en los que la constitución de la garantía es un requisito imprescindible.

5. LA ACCIÓN DE REGRESO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

Tal como se manifestó en el capítulo tres, debe diferenciarse la acción subrogatoria y la acción de regreso en el seguro de caución. La primera, es aquella que con carácter general reconoce la ley al asegurador en todos los seguros de daños. La acción de regreso, por su parte, es una acción propia del asegurador que nace del contrato de seguro.

La existencia de la acción de reembolso ha sido el fundamento utilizado por algunos autores para negar la naturaleza asegurativa del seguro de caución, en la medida en que en éste falta el elemento del álea, inherente al contrato de seguro.

Se sostiene que al tener el asegurador a su favor la acción de reembolso, está en condiciones de recuperar íntegramente la suma desembolsada, con lo que nunca corre el riesgo de pérdida de la indemnización. Tal planteo ha sido rechazado ya que: en el seno de la empresa aseguradora siempre se produce la eliminación del alea, ya se a través del ejercicio de la acción subrogatoria, ya se a través de la distribución del riesgo sobre un gran número de contratos. Además, y aún en referencia al seguro de caución, tal como se ha analizado previamente, la posibilidad del asegurador de recuperar totalmente lo que ha pagado no ha de incidir en el carácter aleatorio del contrato. Por otra parte, no siempre el asegurador tiene la certeza de que la acción de regreso será efectiva, en la medida en que cabe la posibilidad de que el tomador sea insolvente.

En relación a si para ejercitar la acción es presupuesto necesario la responsabilidad del tomador, debe responderse que no. A diferencia de la acción subrogatoria, la acción de reembolso tiene su justificación en un hecho objetivo (el pago de la indemnización) y es independiente que dicho pago tenga su origen en una conducta responsable del tomador o en un incumplimiento no imputable al mismo.

En referencia a si el tomador puede oponer excepciones, cuando se enfrenta a la acción de reembolso ejercitada por el asegurador, debe sostenerse, que el tomador no puede oponer aquellas excepciones derivadas

⁷⁴ Embid Irujo, J.M. "El seguro de caución...". Pág. 1068

⁷⁵ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 106.

de la relación garantizada. La doctrina está dividida en el tema de que la acción de reembolso tiene origen en un contrato de seguro, por lo que la pregunta es si el tomador puede oponer excepciones que deriven de dicho contrato, por ejemplo la falta de incumplimiento de la obligación principal y de pago de lo indebido. Algunos autores, como Garrigues, Olivencia, Tirado Suárez; sostienen que sí, que el tomador podrá oponer al asegurador la excepción de pago de lo indebido cuando no hubo incumplimiento de la obligación garantizada. Otros autores, como Embid Irujo sostienen que no, que de lo contrario se corre el riesgo de que se puedan oponer excepciones derivadas del contrato subyacente y del propio contrato de seguro.

D. CONCLUSIONES.

Luego del análisis efectuado, debe concluirse de acuerdo a nuestra opinión, que el seguro de caución como contrato, tiene naturaleza asegurativa. En él aparecen todos los elementos esenciales del contrato de seguro, tales como el riesgo (que es el incumplimiento y concluimos que era pasible de ser asegurable), siniestro, prima, etc.

Aún cuando el seguro de caución no puede asimilarse al contrato de fianza, crea, sin lugar a dudas una obligación fideiusoria, toda vez que el acreedor asegurado, tomador y asegurador coincidan en que el seguro de caución es un contrato que se ha pactado para cubrir al acreedor del riesgo de incumplimiento del tomador. Es decir, el seguro de caución es un contrato de seguro del que surge una obligación de fianza.

Arribando a la conclusión antes expresada, es decir que el seguro de caución genera una obligación de fianza, es dable preguntarnos, qué lo diferencia entonces con el contrato de fianza propiamente dicho. La respuesta, es que lo que caracteriza al seguro de caución y permite diferenciarlo de otras figuras semejantes, es el sometimiento a la técnica de los seguros.

Otra de las cuestiones que surge en torno al tema, es la de determinar hasta que punto pueden las compañías de seguros desarrollar actividades con función de garantía. Tirado Suárez⁷⁶ sostiene que el seguro de caución constituye una *“auténtica prestación aseguradora encuadrable como modalidad sui generis del seguro de daño, a pesar de su función financiera y de garantía”*.

Así, para un amplio sector doctrinal, la mera presencia de una empresa de seguros, así como el sometimiento a los principios de la técnica asegurativa, son elementos suficientes para determinar la naturaleza jurídica del contrato por aquélla celebrado. En este sentido, Vivante⁷⁷, descarta como elemento caracterizador del contrato de seguro la mera presencia del riesgo y la prima, puesto que los mismos aparecen en otras modalidades contractuales como son la fianza o la renta vitalicia. Tampoco, en su opinión es válido el recurso al principio indemnizatorio, por cuanto el mismo no aparece en algunos tipos de seguros (ej. seguro de vida). Por todo ello, concluye que lo que caracteriza al contrato de seguro es el estar realizado por una empresa de seguros, esto es una empresa que profesionalmente se dedica a tal actividad. Las normas técnicas de cada empresa no afectan la calificación jurídica del contrato, siempre que se produzca la función de reparto del riesgo.

Es esta línea de opinión la que ha permitido a algunos autores delimitar y justificar la naturaleza jurídica del seguro de caución, al entender que la simple presencia de una compañía aseguradora es motivo suficiente para calificar la figura del seguro de caución como de naturaleza asegurativa. En contra de esta opinión, otra parte de la doctrina como Font Galán y Gambino, entre otros, sostienen que la intervención de una entidad aseguradora constituye un dato técnico y organizativo, externo a la obligación contraída por aquella, pero no relevante para la determinación de la naturaleza jurídica de la póliza.

Tal como sostiene Camacho de los Ríos⁷⁸, en opinión que compartimos, se entiende que es innegable que la participación de una compañía de seguros supone la aparición de características particulares, especialmente en lo referente a la técnica actuarial y al sometimiento de aquélla a un régimen jurídico especial de control. En lo que tiene que ver con la calificación jurídica del seguro de caución, el elemento subjetivo puede

76 Tirado Suárez, J. “El seguro de crédito” Op. cit. Pág., 695

77 Vivante, Op. cit. 1981, Pág. 11 y sig

78 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 114.

justificar la naturaleza asegurativa de dicho seguro, si bien debe reconocerse que a la función aseguradora de neutralización de los riesgos debe sumarse la función de garantía.

CAPITULO SEIS

MODALIDADES DEL SEGURO DE CAUCIÓN

El campo de aplicación del seguro de caución es muy amplio, pudiéndose aplicar a todas aquellas relaciones jurídicas que exigen que su contenido obligacional sea reforzado.

En atención al origen de la obligación garantizada suele distinguirse seguros de caución en garantía de obligaciones legales o judiciales y seguros de caución en garantía de obligaciones contractuales. Embid Irujo⁷⁹, sostiene el criterio expresado al señalar que la variedad de supuestos pueden agruparse, en dos categorías, refiriéndose la primera de ellas a *“aquellas pólizas suscritas por empresas que se comprometen a ejecutar obras o servicios a favor de la Administración pública –siendo la emisión de las mismas consecuencia de una disposición legal. O a favor de particulares, asegurando el cumplimiento de una obligación, en cuyo caso se basan en un contrato o en la ley”* y las segundas a *“aquellas pólizas suscritas por funcionarios públicos con tareas relativas al tráfico económico”*.

A. EL SEGURO DE CAUCIÓN EN CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Es práctica común, que el seguro de caución se realice en el marco de contratos de ejecución de obras, suministro o gestión, tanto antes de la formalización de los mismos, como en la ejecución del contrato y aún en etapa posterior a la ejecución.

a. GARANTÍA DE OFERTA O LICITACIÓN.

Nos referimos a aquellos contratos de obra que se adjudican mediante licitación, siendo necesario para acceder a los mismos, por exigencia del convocante, que se preste una garantía. Estas garantías se denominan *“provisionales”* ya que garantizan la constitución de otra de carácter definitivo que responderá del cumplimiento de la obligación principal que será la de ejecutar la obra.

El funcionamiento del seguro es el siguiente: el asegurador se obliga, frente a la parte que convoca la licitación, a indemnizarle en caso de que el licitador hubiera resultado adjudicatario y no constituyera la fianza definitiva a la que se había comprometido, o en el supuesto de que no formalizase el contrato objeto de la concesión en el plazo establecido. Lo que se está asegurando es la seriedad de la oferta.

b. GARANTÍA DE EJECUCIÓN DE CONTRATO.

Se constituyen tanto por imperativo legal como por exigencia del acreedor, para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales.

El funcionamiento de este seguro es el siguiente: el asegurador garantiza al asegurado hasta el límite del capital asegurado, una indemnización en caso de incumplimiento por el contratante de las condiciones del contrato de que se trate. La finalidad de este seguro es la de cubrir los perjuicios económicos que se causen al beneficiario-acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor.

⁷⁹ Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución como garantía” en “Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”. Madrid, 1990 Pág. 699.

c. GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE CALIDAD.

Es habitual en los contratos de obra, gestión, o suministro, que se imponga al ejecutante la obligación de que garantice la calidad o buen funcionamiento de la obra o del servicio prestado.

Esta garantía se identifica con el término garantía de calidad, es decir como respuesta ante defectos de fabricación provenientes de los materiales o de la actuación de los fabricantes. Dicha garantía puede prestarse mediante seguro de caución en concepto de "*fianza de mantenimiento o garantía*", término que es habitual en la práctica aseguradora, y que refiere al seguro en virtud del cual el asegurado se cubre de los posibles perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de la falta de calidad o funcionamiento defectuoso.

d. GARANTÍA DE CANTIDADES ANTICIPADAS PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS.

La obligación de garantía que consagra este seguro, se ha desarrollado principalmente en España y tiene carácter legal.

Se efectúa en general a través de un contrato colectivo de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas. Este contrato colectivo permite que cada asegurado esté legitimado por medio de un "*certificado individual de seguro*" que recibe al adelantar el dinero al promotor de la vivienda (tomador), previa entrega al asegurador del boletín de adhesión al contrato, y del justificante bancario. A medida que dichos boletines llegan a la compañía de seguros, ésta enviará al tomador el recibo con la prima correspondiente y el asegurador va ampliando en la misma proporción la garantía.

B. EL SEGURO DE CAUCIÓN EN CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES.

En el derecho europeo, a consecuencia de determinadas actividades de importación-exportación, surge frente a las autoridades aduaneras, una serie de obligaciones (pago de tributos, derechos de aduana) o de responsabilidades, que exigen ser garantizadas. La garantía que suele exigirse es la de la constitución de un depósito o la presentación de un aval solidario. La obligación de prestar fianza puede ser cumplida por medio de un seguro de los llamados "*Caución de garantía de las obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras*".

Dentro del elenco de operaciones aduaneras que se pueden asegurar, la más difundida es la de la obligación de prestar una fianza al importador que pretende levantar las mercancías sin haber pagado previamente los derechos aduaneros.

C. GARANTÍAS FINANCIERAS.

Son aquellas que recaen sobre obligaciones de pago. Puede distinguirse a las garantías financieras en sentido amplio, es decir, las que garantizan obligaciones de pago en general; y garantías financieras en sentido estricto, que son aquellas que recaen sobre obligaciones que surgen como consecuencia de la realización de un contrato de crédito.

Ejemplos de garantías financieras en sentido estricto son aquellas que garantizan el pago de préstamos, de precio en compraventas a plazo, etc. La demanda de estas garantías es creciente, por lo que el asegurador de caución ha visto en ellas la apertura de un importante mercado. Sin embargo también hay aseguradores que niegan esta posibilidad, dado el mayor riesgo que comportan frente a otras garantías y a los desfavorables antecedentes de su práctica en países como Dinamarca, Noruega o Venezuela.

CAPITULO SIETE

CONCLUSIONES

1. Del recorrido del itinerario histórico del seguro de caución, es posible concluir que éste ha estado vinculado desde sus orígenes a la idea de garantía patrimonial sumada a la del deudor. Si bien el riesgo cubierto por el seguro de caución en la mayor parte de su evolución, es la insolvencia del deudor y no el incumplimiento de una obligación; puede sostenerse este extremo porque este seguro ha sido durante buena parte de su historia, una subespecie del seguro de garantía.

Se ha puesto en evidencia además, que a lo largo de su historia, y aún hoy, el seguro de caución ha contado con escasa regulación normativa y que el encuadre jurídico de ésta figura va más allá de determinar cual es su naturaleza jurídica ya que debe tenerse presente también al sujeto que lo realiza y la posición de éste en el mercado.

2. El seguro de caución es una figura que, en general, no se encuentra sustantivamente regulada, existiendo sobre todo previsiones de orden habilitante para que las compañías aseguradoras puedan prestarla, lo que ha habilitado un valioso ejercicio de la libertad contractual.

Este tipo de seguro funciona, como una garantía personal más, en la medida en que por ella el asegurador se obliga a abonar hasta una cierta cantidad de dinero a quien por ley o contrato es, o puede ser, acreedor del tomador, para el supuesto de que éste no cumpla con las obligaciones a su cargo. Lo habitual consiste en que la garantía opere independientemente, eludiéndose excusión alguna en beneficio de la entidad aseguradora, la cual deberá proceder al pago ante el formal reclamo efectuado por el asegurado; en las pólizas, incluso, se presume la producción del riesgo “al primer requerimiento”.

Expuesto como antecede, el seguro de caución presenta serias dificultades en cuanto a su calificación, siendo su propia función económica- social la que, pese al nombre con que se identifica, cuestiona que nos situemos sin más ante un contrato de seguro. En este punto, al margen de todas las consideraciones que en defensa de su naturaleza de seguro han llegado a realizarse, resulta innegable el carácter fideiusorio de la obligación contraída por la aseguradora. Decir que el fiador se compromete a cumplir si no lo hace el deudor mientras que, por su parte, el asegurador se limitaría a resarcir el daño patrimonial derivado del incumplimiento, no correspondería con el objetivo que persiguen las partes en uno y otro caso, ni mucho menos con el tenor de las pólizas que para estos seguros se redactan; el asegurador no indemniza, sino que paga, responde por el deudor, y su obligación reúne los caracteres de accesoriedad y subsidiariedad que definen la obligación de fianza.

3. De lo expresado, no es dable concluir sin más, que el seguro de caución sea un contrato de fianza, ya que una cosa es la obligación de fianza y otra muy diferente el contrato del mismo nombre. El seguro de caución, como figura contractual, es un contrato de seguro. Este contrato genera diferentes obligaciones, siendo la más importante de ellas la de fianza, que es la obligación que surge a cargo del asegurador y en beneficio del asegurado.

Se arriba a tal conclusión, ya que se entiende que el carácter profesional del fiador (compañía de seguros) determina la naturaleza del contrato por él celebrado. En efecto, la intervención de una compañía de seguros en el contrato, supone la utilización de la técnica asegurativa que implica que el asegurador se obliga a insertar un riesgo singular en una masa homogénea de riesgos, de modo que la cobertura de dicho riesgo, cuya contraprestación es el pago de una prima, tenga una efectiva realización a través de los principios de la técnica asegurativa.

4. La celebración de un contrato de seguro de caución tiene múltiples beneficios. El primero de ellos es la utilidad que deriva para el acreedor de contar con el patrimonio de un “fiador profesional” para la satisfacción de su interés, con la certeza de que no existe necesidad de controlar la solvencia de un fiador de éstas

características. La certeza sobre la solvencia del fiador suple la incertidumbre del acreedor sobre la solvencia del deudor.

Por otra parte y además del riesgo de insolvencia del deudor, la entidad aseguradora de caución cubre el riesgo de incurrir infructuosamente en los costos de recuperación del crédito. La entidad aseguradora corre con esos gastos a través del ejercicio del derecho de reembolso que ostenta por haber efectuado el pago al acreedor.

5. Finalmente, y en un orden práctico, puede sostenerse que en la actualidad los problemas que enfrentan en el día a día el general de las empresas pueden resumirse en: - la falta de financiamiento y - los costos de oportunidad de las estructuras fijas. La falta de financiamiento hace referencia a la búsqueda de apoyo económico para el desarrollo de proyectos. Este financiamiento es escaso y suele generar altos costos ya que, las empresas que se encuentran en condición de invertir son exigentes y requieren un retorno real de lo invertido, además de que exigen garantías adicionales muy difíciles de conseguir para aquellos, que justamente buscan un respaldo financiero. El segundo problema, por su parte, hace referencia a la búsqueda de mayor rentabilidad en las distintas etapas del ciclo productivo, lo que suele llevar a la tercerización de dichas etapas. Ambos problemas, podrían ser solucionados con la contratación de Seguros de caución. Si bien éste seguro tiene presencia en el mercado asegurador, su utilidad se encuentra desaprovechada por muchas empresas, a veces por desconocimiento, otras, por falta de costumbre. Consideramos que ésta es una herramienta que debe ser considerada y valorada sobre todo por Pequeñas y Medianas Empresas ya que les permitiría a éstas su inserción algunas veces y competencia, otras, en el tráfico económico.

ANEXOS

I. SEGURO DE CAUCIÓN FORMULARIO DE SOLICITUD DE COBERTURA

1. Proponente/Tomador:

Nombre:

Dirección Fiscal:

R.U.C.:

Persona de contacto: (Nombre y correo electrónico):

Teléfono: Fax:

2. Caución Requerida (FAVOR SELECCIONAR SOLO UNA OPCION)

Garantías Aduaneras:

- Tránsito de Whisky y Cigarrillos (Decreto 353/996 y Decreto 471/996)
 Habilitación de Depósito Aduanero (Decreto 526/001)
 Admisión Temporaria (Decreto 420/990)

Otras Garantías:

- Servicios Portuarios (Decreto 413/992)
 Mantenimiento de Oferta
 Cumplimiento de Contrato
 Anticipo en Contrato de Suministro y/o Servicio
 Sustitución de Fondos de Reparación en Contrato de Obra
 Anticipo para Acopio de Materiales en Contrato de Obra
 Anticipo Financiero en Contrato de Obra.
 Otros: _____

3. Información Complementaria

Asegurado:

Nombre:

RUC:
 Dirección:
 Teléfono: Fax:
 Persona de contacto (nombre y correo electrónico):
 Límite Máximo de Garantía:
 Plazo de la Garantía:

Con excepción de los Decretos arriba enumerados, favor adjuntar a la presente solicitud la disposición legal, pliego de condiciones de licitación, contrato u otro documento que de origen a la garantía solicitada.

4. Capacidad Financiera

Anualmente, el Proponente deberá presentar los siguientes con el fin de realizar el análisis de Capacidad Financiera:

I. Dos últimos Balances auditados (los Estados Contables deberán, indefectiblemente, presentarse de acuerdo a lo establecido en el Decreto 103/991). En caso que el cierre del ejercicio, a la fecha de la solicitud de la Póliza, sea anterior a 6 meses se exigirá la entrega del balance de sumas y saldos actualizados.

II. Estatuto o Contrato Social según corresponda (S.A. ó S.R.L.) y sus modificaciones.

III. Manifestaciones de Bienes:

Si es S.A. del Presidente y Vicepresidente.

Si es S.R.L. de todos los socios.

En todos los casos deberán estar certificadas por Escribano Público.

IV. Aavales personales, certificados por Escribano Público.

V. Detalle de deudas Bancarias y Financieras confeccionadas por Contador Público.

VI. Detalle de compras y ventas de los últimos doce meses confeccionada por Contador Público.

VII. Solicitud Global firmada por el Presidente de la Empresa o apoderado certificada por Escribano Público.

VIII. En caso de Empresas internacionales radicadas en el país desde un período inferior al de dos ejercicios contables, deberá presentar balance y aval de su casa matriz, certificado por un Notario del país de origen y legalizada la firma de éste por el Consulado Uruguayo respectivo.

IX. El Proponente deberá entregar constancia de inscripción en B.P.S. (Banco de Previsión Social) y D.G.I. (Dirección General Impositiva), junto a la certificación que indique su situación de deuda con dichos organismos.

X. Certificado del Registro de Actos Personales, Secciones Interdicciones y Universalidades, por la S.A. o la S.R.L y por los directores o socios, según corresponda al tipo de sociedad. En caso que se actúe por poder, también se solicitará Certificado del Registro de Actos Personales Sección Mandatos y Poderes.

Luego de analizar los datos precedentes, se procederá al establecimiento de los siguientes montos:

1 Informe de auditoría: En el mismo, el profesional emite opinión sobre si los estados contables examinados presentan razonablemente la situación financiera y los resultados de las operaciones de la entidad conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados. El profesional debe ser independiente de la firma auditada. La firma auditora deberá ser reconocida por su idoneidad en la materia.

LÍMITE AUTOMÁTICO DE GARANTÍA (POR EL CUAL NO SE EXIGIRÁ GARANTÍA)

LÍMITE MÁXIMO DE GARANTÍA (CUPO)

En caso que:

NO se cumpla con la entrega de la totalidad de la documentación arriba descrita o, el monto solicitado de garantía exceda el Límite Automático de Garantía establecido en el análisis financiero, PARA LA EMISION DE LA POLIZAS DE CAUCION SOLICITADAS SERA IMPRESCINDIBLE EL RESPALDO DE LAS MISMAS A TRAVES DE LA PRESENTACION DE GARANTIAS REALES. LAS POLIZAS EMITIDAS, EN NINGUN CASO, PODRAN SUPERAR EL LIMITE MÁXIMO DE GARANTIA (CUPO) ESTABLECIDO.

Garantías Reales Aceptadas

- Letra de cambio (la misma debe ser emitida por un Banco).
- Aval bancario.
- Bonos (se considerará el valor de mercado de los mismos, asimismo, si un bono se tomó en garantía a cierto valor de mercado y luego dicho valor cae, se solicitará al Proponente una garantía adicional).
- Hipoteca sobre bien inmueble (se tendrá presente el valor de mercado de los mismos, siendo la garantía otorgada por un monto menor a dicho valor de mercado).
- Prenda sobre bien mueble (ídem hipoteca).
- Efectivo, lingotes de oro o similar.
- Depósito bancario afectado a la caución (depósito en garantía).

5. Constancias Aclaratorias

a. Esta solicitud se efectúa para que la emisión del Seguro de Caución se resuelva por el Asegurador, de conformidad con las condiciones de cobertura habituales, y sobre la base de la información que el Proponente declara completa y veraz, y que se obliga a presentar a requerimiento del Asegurador para el Análisis de Capacidad Financiera, como empresa, y para la calificación del riesgo que se propone en esta solicitud, y que forma parte del mismo.

b. Las falsas declaraciones y reticencia imputable a dolo o mera negligencia en que incurra el Proponente al formular la solicitud o durante la vigencia de la póliza, que induzcan en error al Asegurador sobre la calificación y/o determinación del riesgo eximen al Asegurador de cualquier responsabilidad en caso de siniestro, caducando la póliza de seguro. Esta situación será comunicada "inmediatamente" al Asegurado, perdiéndose el derecho a la indemnización y quedando las primas a beneficio del Asegurador.

c. Sólo para el caso de *Garantías Aduaneras para Tránsito de Whisky y Cigarrillos*: la presente solicitud se configura en una Solicitud de Cobertura Genérica debiendo el Proponente declarar cada viaje particular.

d. El domicilio del Proponente que figura en esta solicitud constituye a todos los efectos del contrato y permanecerá vigente en tanto el Proponente no notifique en forma fehaciente, al Asegurador, el cambio que se hubiere operado.

e. El Proponente declara conocer que en caso de emisión de la Póliza solicitada, vencido el plazo facturado, se facturarán nuevos períodos hasta la devolución de la Póliza.

f. A los efectos de la presente solicitud, se definen como:

Asegurado: Las entidades licitantes, contratantes, Dirección Nacional de Aduanas o Administración Nacional de Puertos, a favor de quienes deberán emitirse las pólizas.

Asegurador: XXX

Proponente: La empresa o conjunto de empresas que representamos y que firman la presente solicitud.

Queda entendido y convenido que el retiro del Asegurador por nuestra parte de las Pólizas que se emitan a nuestra solicitud, así como su presentación ante los respectivos Asegurados, será juzgado como conformidad plena con las condiciones de emisión.

Fecha y Lugar:

Aclaración y cargo: Firma apoderado:

II. SEGURO DE FIANZA – Garantía financiera

CONDICIONES GENERALES.

LEY ENTRE LAS PARTES

Cláusula 1. Queda convenido que las partes se someterán a las estipulaciones de la presente póliza como a la ley misma y que estas estipulaciones serán aplicadas con preferencia sobre las de la ley general a los contratantes de este seguro, debiendo aplicarse las prescripciones de los Códigos de Comercio y Civil solamente en aquellos casos que no resulten previstos por esta póliza.

Cláusula 2. En caso de disconformidad entre las Condiciones Generales y las Particulares se estará a lo que establezcan estas últimas.

OBJETO Y EXTENSIÓN DEL SEGURO

Cláusula 3. Por la presente póliza que se emite de conformidad con la solicitud de seguro firmada por el Tomador, el Asegurador garantiza al Asegurado, hasta la suma máxima que se estipula en las Condiciones Particulares de la póliza, el pago en efectivo que debe recibir del Tomador, como consecuencia del tiempo y forma en que éste cumpla sus obligaciones derivadas del contrato que se especifica en las Condiciones Particulares, suscrito con el Asegurado.

Esta póliza no cubre el pago de multas ni de otras penalidades.

Cláusula 4. Se establece expresamente que en los casos en que el Tomador no cumpla con sus obligaciones, la responsabilidad del Asegurador queda limitada al pago de la suma máxima y global garantizada.

La presente póliza se irá desafectando en la misma medida en que se realicen las prestaciones del repago.

RIESGOS NO ASEGURADOS

Cláusula 5. Esta póliza no cubre la garantía por sustitución de Fondo de Reparación, salvo que así fuese indicado en un suplemento especial de la misma.

Cláusula 6. Queda entendido y convenido que la Compañía sólo quedará liberada del pago de las sumas garantizadas:

- a) Cuando las disposiciones legales o contractuales pertinentes establezcan la dispensa del Tomador;
- b) Cuando pruebe que el incumplimiento del Tomador acaeciera a consecuencia de estado de guerra, invasión o cualquier otro acto de hostilidad por enemigo extranjero; de guerra civil u otras conmociones interiores (revolución, insurrección, rebelión, motín y sedición a mano armada o no armada, poder militar, naval o aéreo, usurpado o usurpante); de huelgas, cierres patronales (no propios), así como del ejercicio de algún acto de autoridad pública para reprimir o defenderse de cualquiera de estos hechos; de confiscación, requisa, destrucción o daños a los bienes por orden de cualquier gobierno o autoridad pública; de terremotos, temblores, erupción volcánica, tifón, huracán, tornado, ciclón u otra convulsión de la Naturaleza o perturbación atmosférica;
- c) Cuando el incumplimiento derive de disposiciones legales o reglamentarias de las autoridades del país;
- d) Cuando el incumplimiento del Tomador sea como consecuencia directa o indirecta del mal funcionamiento, falla, rotura o cualquier imposibilidad de funcionamiento total o parcial de cualquier sistema

de computación, hardware, programa o software y/o cualquier circuito impreso (microchips) o integrado, o dispositivo similar en equipos computarizados o no computarizados, debido a problemas de reconocimiento de la fecha calendario (Año 2000 o cualquier otro cambio o fecha incluyendo cálculos de años bisiestos).

OBLIGACIONES DEL ASEGURADO.

Cláusula 7. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos y omisiones del Tomador que puedan dar lugar a la afectación de la Fianza, dentro de un plazo de quince días de conocidos aquellos por el Asegurado, con arreglo de las disposiciones legales o contractuales pertinentes so pena de perder los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza.

Sin perjuicio de lo anterior, el Asegurado está obligado a adoptar todos los recaudos extrajudiciales a su alcance contra el Tomador tendientes a evitar el incumplimiento o la agravación de sus efectos, o judiciales si correspondiere.

También producido el aviso al que se refiere este artículo, está obligado a seguir todas las indicaciones que le realice el Asegurador. Si no cumpliera estas obligaciones y ocurriera un incumplimiento del Tomador, el Asegurador quedará liberado de la responsabilidad asumida por esta póliza.

Los derechos a la indemnización quedarán igualmente extinguidos si la subrogación del Asegurador en los derechos u acciones contra el Tomador se hubiera hecho imposible por un acto positivo por negligencia del Asegurado.

El Asegurado deberá acreditar fehacientemente a juicio del Asegurador, haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo en relación al anticipo por acopio de obra y/o suministro y financiero de obra y/o suministro.

MODIFICACIÓN DEL RIESGO

Cláusula 8. Las modificaciones o alteraciones del contrato de ejecución de obra adoptadas formalmente por el Asegurado, sin consentimiento del Asegurador, hacen nulo este seguro, siempre que a juicio de peritos tales modificaciones hubieran agravado su responsabilidad por el Tomador.

INTIMACIÓN PREVIA AL TOMADOR

Cláusula 9. El Asegurador no podrá ser requerido por el Asegurado al pago de las sumas aseguradas por la presente póliza, si no mediara una previa intimación de pago al Tomador, realizada por el Asegurado, de la cual deberá proporcionar constancia fehaciente. El Asegurado deberá comunicar al Asegurador el resultado infructuoso de tal intimación, acompañado dentro de las 48 hs. la documentación correspondiente y la contestación del Tomador, si la hubiere. El Asegurador podrá oponer las excepciones previstas en la Cláusula 6 de estas Condiciones Generales dentro de un plazo de 30 días hábiles.

CONFIGURACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL SINIESTRO

Cláusula 10. El siniestro se configurará cuando venza el plazo de la intimación del pago que debe realizar el Asegurado contra el Tomador, sin que este hubiese satisfecho tal requerimiento, y tendrá como fecha cierta la de recepción por parte del Asegurador de la documentación pertinente, siempre que no se hubieran opuesto excepciones basadas en disposiciones legales o contractuales y también con la condición de que el Asegurador se expida en definitiva favorablemente sobre la procedencia de la reclamación según la Cláusula 9 de estas Condiciones Generales.

PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cláusula 11. Producido el siniestro en los términos establecidos en los artículos precedentes, el Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe a indemnizar dentro de los treinta días hábiles a partir de la fecha cierta de configuración del siniestro según la Cláusula 10ª o del pronunciamiento del Asegurador sobre procedencia y monto de la reclamación, cualquiera de estas fechas que sea posterior. En cualquier caso, el pronunciamiento del Asegurador no podrá demorarse más de 60 días desde la fecha de recepción de la documentación pertinente.

PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

Cláusula 12. Los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza prescriben al año de la fecha de haber acaecido el incumplimiento del Tomador, con arreglo a las disposiciones legales o contractuales de aplicación.

COMUNICACIONES Y TÉRMINOS

Cláusula 13. Toda comunicación entre el Asegurador y el Asegurado deberá realizarse por telegrama colacionado u otra comunicación fehaciente. Los términos o plazos sólo se contarán por días hábiles.

OTRAS FIANZAS

Cláusula 14. La existencia de otra u otras fianzas aceptadas por el Asegurado cubriendo la totalidad del riesgo asumido por el Asegurador implicará la pérdida de todo derecho a indemnización.

III. SEGURO DE FIANZA – Cumplimiento de Contrato de Obra y/o Suministro

CONDICIONES GENERALES

LEY ENTRE LAS PARTES

Cláusula 1. Queda convenido que las partes se someterán a las estipulaciones de la presente póliza como a la ley misma y que estas estipulaciones serán aplicadas con preferencia sobre las de la ley general a los contratantes de este seguro, debiendo aplicarse las prescripciones de los Códigos de Comercio y Civil solamente en aquellos casos que no resulten previstos por esta póliza.

En caso de disconformidad entre las Condiciones Generales y las Particulares se estará a lo que establezcan estas últimas.

VÍNCULO Y CONDUCTA DEL TOMADOR Y EL ASEGURADOR

Cláusula 2. Las relaciones entre el Tomador y el Asegurador se rigen por lo establecido en la solicitud accesoria a esta póliza, cuyas disposiciones no podrán ser opuestas al Asegurado. Los actos, declaraciones,

acciones u omisiones del Tomador de la póliza no afectarán en ningún modo los derechos del Asegurado frente al Asegurador.

La utilización de esta póliza implica ratificación de los términos de la solicitud.

OBJETO Y EXTENSIÓN DEL SEGURO

Cláusula 3. La presente póliza asegura, hasta el monto máximo de su cobertura, el pago de las indemnizaciones que resulte obligado el Tomador por consecuencia de su incumplimiento de realizar la obra y/o suministro.

Este seguro no cubre indemnizaciones derivadas de la demora en el cumplimiento. La indemnización asegurada compensará el daño patrimonial efectivo que sufra el Asegurado, con el límite ya señalado.

Esta póliza no cubre el pago de multas ni de otras penalidades.

EXCLUSIONES

Cláusula 4. Esta póliza no cubre la garantía por sustitución de Fondo de Reparación, salvo que así fuese indicado en un suplemento especial de la misma.

Cláusula 5. Este seguro no cubre el incumplimiento del Tomador como consecuencia directa o indirecta del mal funcionamiento, falla, rotura o cualquier imposibilidad de funcionamiento total o parcial de cualquier sistema de computación, hardware, programa o software y/o cualquier circuito impreso (microchips) o integrado, o dispositivo similar en equipos computarizados o no computarizados, debido a problemas de reconocimiento de la fecha calendario (Año 2000 o cualquier otro cambio o fecha incluyendo cálculos de años bisiestos).

CONDICIONES PARA LA COBERTURA

Cláusula 6. Son condiciones de esta cobertura:

- a) Que el contrato de construcción de obra y/o de suministro a que se refiere establezca en forma expresa las especificaciones exigidas por el Asegurador.
- b) Que entre el Tomador y el Asegurado no existan vinculaciones económicas ni jurídicas de sociedad, asociación o dependencia recíprocas.

MODIFICACIÓN DEL RIESGO

Cláusula 7. El seguro que instrumenta esta póliza mantendrá su vigor aún en el caso en que el Asegurado conviniere con el Tomador modificaciones o alteraciones al contrato celebrado entre ellos, siempre que se verifiquen todas estas condiciones:

- a) ellas estuvieran genéricamente previstas en el contrato originario;
- b) correspondan a trabajos de la misma naturaleza que los que constituyan su objeto;
- c) no produzcan, en ningún caso, más de un diez por ciento de aumento o disminución con relación al monto originario del contrato;
- d) no importen modificación de las cláusulas exigidas por el Asegurador a que se refiere la Cláusula 6 inciso a) de estas Condiciones Generales.

Las modificaciones o alteraciones que no reúnan tales condiciones, convenidas sin consentimiento del Asegurador, hacen nulo este seguro.

AVISO DE INCUMPLIMIENTO. OBLIGACIONES DEL ASEGURADO.

Cláusula 8. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos y omisiones del Tomador que puedan dar lugar a la afectación de la Fianza, dentro de un plazo de quince días de conocidos aquellos por el Asegurado, con arreglo de las disposiciones legales o contractuales pertinentes so pena de perder los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza.

Sin perjuicio de lo anterior, el Asegurado está obligado a adoptar todos los recaudos extrajudiciales a su alcance contra el Tomador tendientes a evitar el incumplimiento o la agravación de sus efectos, o judiciales si correspondiere.

También producido el aviso al que se refiere este artículo, está obligado a seguir todas las indicaciones que le realice el Asegurador. Si no cumpliera estas obligaciones y ocurriera un incumplimiento del Tomador, el Asegurador quedará liberado de la responsabilidad asumida por esta póliza.

Los derechos a la indemnización quedarán igualmente extinguidos si la subrogación del Asegurador en los derechos u acciones contra el Tomador se hubiera hecho imposible por un acto positivo por negligencia del Asegurado.

El Asegurado deberá acreditar fehacientemente a juicio del Asegurador, haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo en relación al contrato de obra y/o suministro.

PROCEDENCIA Y MONTO DE LA AFECTACION

Cláusula 9. La garantía representada por esta póliza de seguro de fianza será afectable solamente en caso que el Asegurador se haya expedido favorablemente sobre la procedencia de la reclamación realizada según la Cláusula anterior y sobre el monto de dicha afectación, en todo de acuerdo con las Condiciones Particulares y Generales de esta Póliza.

El Asegurador podrá recurrir al asesoramiento de peritos propios o contratados a los efectos previstos en esta Cláusula, sin obligación de ceñirse a sus pronunciamientos.

INTIMACIÓN PREVIA AL TOMADOR

Cláusula 10. El Asegurador no podrá ser requerido por el Asegurado al pago de las sumas aseguradas por la presente póliza, si no mediara una previa intimación de pago al Tomador, realizada por el Asegurado, de la cual deberá proporcionar constancia fehaciente.

CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO

Cláusula 11. El siniestro quedará configurado al finiquitarse con resultado infructuoso la intimación del pago que debe realizar el Asegurado contra el Tomador según la Cláusula anterior, y tendrá como fecha cierta la de recepción por parte del Asegurador de la documentación pertinente, siempre que no se hubieran opuesto excepciones basadas en disposiciones legales o contractuales y también con la condición de que el Asegurador se expida en definitiva favorablemente sobre la procedencia de la reclamación según la Cláusula 9 de estas Condiciones Generales.

PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cláusula 12. Producido el siniestro en los términos establecidos en los artículos precedentes, el Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe a indemnizar dentro de los treinta días hábiles a partir de la fecha cierta de configuración del siniestro según la Cláusula 11ª o del pronunciamiento del Asegurador

sobre procedencia y monto de la reclamación, cualquiera de estas fechas que sea posterior. En cualquier caso, el pronunciamiento del Asegurador no podrá demorarse más de 60 días desde la fecha de recepción de la documentación pertinente.

INTERVENCIÓN DEL ASEGURADOR

Cláusula 13. El Asegurador podrá oponer al Asegurado todas las excepciones propias y las del Tomador aún cuando éste no las hubiera hecho valer o hubiera renunciado a ellas. Todo acuerdo, de cualquier naturaleza celebrado entre el Asegurado y el Tomador, que se relacione o afecte la existencia o validez de la obligación asegurada, produce la caducidad de este seguro.

PLURALIDAD DE GARANTÍAS

Cláusula 14. Si este seguro cubriera sólo parcialmente la fianza exigida por el Asegurado, el Asegurador participará –en concurrencia con los otros garantes o con el mismo Asegurado si la fianza no estuviera íntegramente asegurada- a prorrata sobre el monto total afectado.

CESIÓN DE DERECHOS

Cláusula 15. Cualesquiera cesión o transferencia de los derechos emergentes de esta Póliza será válida sólo si es previamente aprobada por el Asegurador.

COMUNICACIONES Y TÉRMINOS

Cláusula 16. Toda comunicación entre el Asegurador y el Asegurado deberá realizarse por telegrama colacionado u otra comunicación fehaciente. Los términos o plazos sólo se contarán por días hábiles.

RECLAMACIONES Y JURISDICCIÓN

Cláusula 17. Toda controversia judicial que se plantee con relación al presente contrato, en cuanto a su ejecución o sus consecuencias entre las partes vinculadas por el mismo, se dirimirá ante los jueces competentes de la capital de la República Oriental del Uruguay. Asimismo, se deja establecido que en cualquier diferencia entre las partes en la interpretación o aplicación de este convenio, será de aplicación la legislación que corresponda de la República Oriental del Uruguay.

IV. SEGURO DE FIANZA – Mantenimiento de oferta y suscripción del contrato en los llamados a licitación

CONDICIONES GENERALES

LEY ENTRE LAS PARTES

Cláusula 1. Queda convenido que las partes se someterán a las estipulaciones de la presente póliza como a la ley misma y que estas estipulaciones serán aplicadas con preferencia sobre las de la ley general a los contratantes de este seguro, debiendo aplicarse las prescripciones de los Códigos de Comercio y Civil solamente en aquellos casos que no resulten previstos por esta póliza.

Cláusula 2. En caso de disconformidad entre las Condiciones Generales y las Particulares se estará a lo que establezcan estas últimas.

OBJETO Y EXTENSIÓN DEL SEGURO

Cláusula 3. Por la presente póliza que se emite de conformidad con la solicitud de seguro firmada por el Tomador y las condiciones generales y particulares del llamado a licitación, el Asegurador cubre al Asegurado en caso de incumplimiento de las obligaciones que se indican a continuación, y hasta la suma máxima que estipulan las condiciones particulares de esta póliza. El riesgo amparado se limitará al incumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) Mantenimiento de la oferta en los plazos y condiciones establecidas en los pliegos respectivos.
- b) Suscripción del contrato por el Tomador de los plazos y condiciones estipuladas, siempre y cuando el Tomador resultase adjudicatario y hubiese sido notificado en forma auténtica de ese hecho.

Cláusula 4. Se establece expresamente que en los casos en que el Tomador no cumpla con sus obligaciones, la responsabilidad del Asegurador queda limitada al pago de la suma garantizada.

RIESGOS NO ASEGURADOS

Cláusula 5. El Asegurador queda liberado del pago de las sumas aseguradas:

- a) Cuando las disposiciones legales o de las Condiciones Generales y Particulares del llamado a licitación establezcan la dispensa del Tomador;
- b) Cuando pruebe que el incumplimiento del Tomador acaeciera a consecuencia del estado de guerra, invasión o cualquier otro acto de hostilidad por enemigo extranjero; de guerra civil u otras conmociones interiores (revolución, insurrección, rebelión, motín y sedición a mano armada o no armada, poder militar, naval o aéreo, usurpado o usurpante); de huelgas, cierres patronales (no propios), así como del ejercicio de algún acto de autoridad pública para reprimir o defenderse de cualquiera de estos hechos; de confiscación, requisa, destrucción o daños a los bienes por orden de cualquier gobierno o autoridad pública; de terremotos, temblores, erupción volcánica, tifón, huracán, tornado, ciclón u otra convulsión de la Naturaleza o perturbación atmosférica;
- c) Cuando el incumplimiento derive de disposiciones legales o reglamentarias de las autoridades del país;
- d) Cuando el incumplimiento del Tomador sea como consecuencia directa o indirecta del mal funcionamiento, falla, rotura o cualquier imposibilidad de funcionamiento total o parcial de cualquier sistema de computación, hardware, programa o software y/o cualquier circuito impreso (microchips) o integrado, o dispositivo similar en equipos computarizados o no computarizados, debido a problemas de

reconocimiento de la fecha calendario (Año 2000 o cualquier otro cambio o fecha incluyendo cálculos de años bisiestos).

OBLIGACIONES DEL ASEGURADO

Cláusula 6. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos y omisiones del Tomador que, a su juicio, den lugar a la indemnización estipulada en esta póliza, dentro de un plazo estricto de treinta días hábiles de acaecidos aquéllos, con arreglo a las disposiciones legales o contractuales pertinentes, so pena de perder los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza.

MODIFICACION DEL RIESGO

Cláusula 7. Las modificaciones o alteraciones a las bases de la Licitación, adoptadas formalmente por el Asegurado sin consentimiento previo del Asegurador, hacen nulo el seguro.

INTIMACIÓN PREVIA AL TOMADOR

Cláusula 8. El Asegurador no podrá ser requerido por el Asegurado al pago de las sumas aseguradas por la presente póliza, si no mediara una previa intimación de pago al Tomador por telegrama colacionado u otro medio de comunicación fehaciente remitido por el Asegurado.

A los efectos indemnizatorios el Asegurado deberá comunicar al Asegurador el resultado infructuoso de tal intimación, acompañando dentro de las 48 horas siguientes la documentación correspondiente y la contestación del Tomador, si la hubiere. El Asegurador podrá oponer las excepciones previstas en la Cláusula 6ª de estas Condiciones Generales, dentro de un plazo perentorio de treinta días hábiles.

CONFIGURACIÓN Y DETERMINACION DEL SINIESTRO

Cláusula 9. El siniestro se configurará cuando venza el plazo y la intimación de pago que el Asegurado debe realizar, sin que el Tomador hubiese satisfecho tal requerimiento y tendrá como fecha cierta la de recepción por parte del Asegurador, de la documentación pertinente, siempre que no se hubieran opuesto excepciones de acuerdo a la Cláusula que antecede.

PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cláusula 10. Producido el siniestro en los términos establecidos en la Cláusula anterior, el Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe garantizado dentro de los treinta días hábiles de ser requerido por el Asegurado.

PRESCRIPCION LIBERATORIA

Cláusula 11. Los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza prescriben al año de la fecha de haber acaecido el incumplimiento del Tomador, con arreglo a las disposiciones legales o contractuales de aplicación.

COMUNICACIONES Y TÉRMINOS

Cláusula 12. Toda comunicación entre el Asegurador y el Asegurado deberá realizarse por carta postal certificada o telegrama colacionado. Los términos o plazos sólo se contarán por días hábiles.

OTRAS FIANZAS

Cláusula 13. La existencia de otra u otras fianzas aceptadas por el Asegurado cubriendo la totalidad del riesgo asumido por el Asegurador implicará la pérdida de todo derecho a indemnización.

V. POLIZA DE SEGURO DE CAUCION EN GARANTIA DE

SUSTITUCION DE FONDOS DE REPARO

CONDICIONES GENERALES

LEY DE LAS PARTES CONTRATANTES

1. Las partes contratantes se someten a las condiciones de la presente póliza como a la ley misma. Las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio y demás leyes, solamente se aplicarán a las cuestiones no contempladas en esta póliza y en cuanto ello sea compatible. En caso de discordancia entre las Condiciones Generales y las Particulares, predominarán estas últimas.

VINCULO Y CONDUCTA DEL TOMADOR

2. Las relaciones entre el Tomador y el Asegurador se rigen por lo establecido en la solicitud-convenio accesoria a esta póliza, cuyas disposiciones no podrán ser opuestas al Asegurado. Los actos, declaraciones, acciones u omisiones del Tomador de la póliza, que importen violación a lo establecido en dicha solicitud-convenio, incluida la falta de pago del premio en las fechas convenidas, no afectarán en ningún modo los derechos del Asegurado frente al Asegurador. La utilización de esta póliza implica ratificación de los términos de la solicitud-convenio mencionada.

OBJETO Y EXTENSION DEL SEGURO

3. La presente póliza cubre la garantía que el Tomador presenta para sustituir el Fondo de Reparación que debe constituir según el Contrato mencionado en las Condiciones Particulares. Esta póliza quedará liberada con la recepción definitiva de la obra, salvo que el Contrato establezca una desafectación anterior. La presente póliza responderá únicamente cuando observándose deficiencias provenientes de una mala calidad de los materiales, defectuosa mano de obra o mal funcionamiento de las instalaciones, el Contratista no cumpla con las reparaciones a su costa. Queda entendido y convenido que el Asegurador quedará liberado del pago de la suma garantizada, cuando las disposiciones legales o contractuales establezcan la dispensa del Tomador.

SUMA ASEGURADA

4. La suma máxima asegurada indicada en las Condiciones Particulares, deberá entenderse como suma nominal no susceptible a los efectos del pago, de ninguna clase de incremento por depreciación monetaria u otro concepto. No obstante cuando el Pliego de Condiciones o el Contrato exijan expresamente el ajuste de la garantía o prevean el ajuste de los créditos que el Tomador tenga contra el Asegurado; la suma asegurada será reajustada en forma automática y durante toda la vigencia, mediante la aplicación del índice establecido en las Condiciones Particulares de esta póliza. La suma asegurada reajustada en la forma descripta, constituirá el límite máximo de la responsabilidad del Asegurador.

VINCULACIONES ENTRE EL ASEGURADO Y EL TOMADOR

5. Esta póliza será nula cuando entre el Tomador y el Asegurado, al tiempo de la celebración de este Contrato, existan vinculaciones económicas o jurídicas de sociedad, asociación o dependencia recíproca, o se trate de sociedades controladas o vinculadas en los términos de la ley de sociedades comerciales. El mismo efecto tendrá la relación de parentesco hasta cuarto grado, cuando se trate de personas físicas. Cuando estas vinculaciones nazcan con posterioridad a la fecha de emisión de esta póliza, producirán la caducidad de los derechos derivados de ella, salvo conformidad previa, expresa y fehaciente del Asegurador.

CESION

6. Los derechos emergentes de esta póliza no podrán ser cedidos o transferidos total o parcialmente, sin conformidad previa, expresa y fehaciente del Asegurador, bajo pena de caducidad.

MODIFICACIONES AL CONTRATO

7. La garantía que instrumenta esta póliza mantendrá su vigencia aún en el caso en que el Asegurado conviniere con el Tomador modificaciones o alteraciones al Contrato, siempre que éstas estuvieren genéricamente previstas en el mismo y siempre que:

- a) Correspondan a bienes o servicios de la misma naturaleza que los que constituyen su objeto.
- b) No produzcan, en ningún caso, mas de un 10 % de aumento o disminución con relación al monto originario del Contrato.
- c) No importen modificaciones de las cláusulas a que se refieren las Condiciones Particulares y/o Generales de esta póliza. El Asegurador quedará liberado de toda responsabilidad cuando las modificaciones o alteraciones realizadas al Contrato no cuenten con su conformidad previa, expresa y fehaciente.

CARGAS DEL ASEGURADO – AVISO AL ASEGURADOR

8. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos u omisiones del Tomador que puedan dar lugar a la afectación de esta póliza dentro de un plazo de 10 días de ocurridos, so pena de perder los derechos que le acuerda esta garantía. Sin perjuicio de lo anterior, el Asegurado está obligado a adoptar todos los recaudos extrajudiciales o judiciales a su alcance contra el Tomador y si por no hacerlo se produjera una agravación del riesgo o provocara la configuración del siniestro en los términos previstos en el Art. 1 de estas Condiciones Generales, el Asegurador quedará liberado de la responsabilidad asumida por esta póliza. Los derechos a la indemnización quedarán igualmente extinguidos si la subrogación del Asegurador en los derechos y acciones contra el Tomador se hubiera hecho imposible por un acto positivo o por omisión del Asegurado.

AFECTACION DE ESTA GARANTIA

9. El monto de la indemnización a pagar por el Asegurador será el que resulte del daño efectivamente sufrido y acreditado por el Asegurado, hasta su concurrencia con la proporción de la suma máxima asegurada.

DETERMINACION Y CONFIGURACION DEL SINIESTRO

10. El Asegurado tendrá derecho a exigir al Asegurador el pago pertinente cuando se hayan cumplido las siguientes condiciones:

a) Que el Tomador no haya dado cumplimiento a las obligaciones mencionadas en el Art. 3 de estas Condiciones Generales, por causas que le sean imputables.

b) Que el Asegurado haya intimado el pago en forma fehaciente al Tomador con un plazo de 15 días, con resultado infructuoso.

A los efectos indemnizatorios el Asegurado deberá entregar al Asegurador las constancias de lo indicado en los puntos a) y b) precedentes justificando fehacientemente los motivos de sus reclamos y/o de la rescisión del Contrato, así como el monto de la indemnización a pagar según lo establecido en el Art. 9 de estas Condiciones Generales.

El siniestro quedará configurado en la fecha en que el Asegurador reciba la comunicación y las constancias a que se refieren los párrafos anteriores, no siendo necesaria ninguna otra interpelación ni acción previa contra los bienes del Tomador, y sin perjuicio del derecho del Asegurador de solicitar la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo, y la documentación que razonablemente pueda suministrar el Asegurado.

PAGO DE LA INDEMNIZACION Y EFECTOS

11. El Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe correspondiente, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de configuración del siniestro, o de la recepción de la documentación complementaria, según el caso, de acuerdo a lo previsto en el Artículo anterior. La indemnización solo corresponderá al daño efectivamente sufrido, excluyéndose de la misma el lucro cesante, y sin que la garantía asumida pueda considerarse como cláusula penal. Los derechos que correspondan al Asegurado en razón del siniestro cubierto por esta póliza, se transfieren al Asegurador hasta el monto de la indemnización pagada por este.

ACUERDOS ENTRE ASEGURADO Y TOMADOR

12. Todo acuerdo de cualquier naturaleza, celebrado entre el Asegurado y el Tomador, sin intervención del Asegurador y que afecte la obligación garantizada, no priva al Asegurador de oponer al Asegurado todas las excepciones propias y las del Tomador aún cuando éste no las hubiera hecho valer o hubiera renunciado a ellas.

PLURALIDAD DE GARANTIAS

13. El Asegurado está obligado a solicitar la previa conformidad fehaciente del Asegurador, para la celebración de otros seguros que cubran el mismo interés y el mismo riesgo y la misma obligación que esta póliza, bajo pena de caducidad. Como consecuencia de la conformidad previa dada por el Asegurador a que hace referencia el párrafo anterior, el Asegurador participará a prorrata, en concurrencia con los otros garantes, hasta el importe total de la garantía que se exija.

LIBERACION DE RESPONSABILIDAD

14. Queda expresamente convenido que el Asegurador quedará liberado de toda responsabilidad, luego de producida la desafectación de esta póliza, en los términos establecidos en el Art. 3 de estas Condiciones Generales.

PRESCRIPCION LIBERATORIA

15. La prescripción de las acciones del Asegurado contra el Asegurador, se efectivizará al año de producido el incumplimiento del Tomador. La prórroga del plazo de prescripción convenida entre el Asegurado y el Tomador, o la renuncia por este último a la prescripción ocurrida no podrá ser opuesta al Asegurador.

TERMINOS - JURISDICCION

16. Todos los plazos de días indicados en la presente póliza se computarán por días hábiles. Las cuestiones judiciales que se planteen con relación al presente Contrato entre el Asegurado y el Asegurador, se substanciarán ante los jueces del domicilio del Asegurado.

BIBLIOGRAFIA.

- BACHILLER NUÑEZ, Julio. "El seguro de caución". 1995.
- BARRES BENLLOCH, Maria Pilar. "Seguro de caución. ¿Garantía personal o modalidad aseguradora? Madrid, Tecnos, 1993. Colección Jurisprudencia Práctica, 52. 58 p.
- BASTIN, J. El seguro de crédito en el mundo contemporáneo, Madrid 1980.
- BASTIN, J. La defaillance de paiement et sa protection: La assurance-crédit. Paris, 1991. Pág. 218.
- BERGAMIN SERRANO, F.J., "El seguro de caución y el primer requerimiento" en Las tendencias actuales de los contratos de garantía. Atelier. Barcelona 2005. Pág. 77.
- BLANC, Carlos; BONELLI, Roberto. "El llamado contrato de seguro de caución". Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, vol. 13, N° 55-56 (Jiñ/dic. 1991) p. 25-31.
- BROSETA PONT, M. "Manual de Derecho Mercantil". Madrid, 1991.
- BULLO, Emilio H. "El derecho de seguros y otros negocios vinculados". T. 2, 2001, p. 605.
- CABANZO, A. M. El Seguro de cumplimiento, Buenos Aires, 1989.
- CAMACHO DE LOS RIOS, Javier. "El seguro de caución: estudio crítico". Madrid. Editorial Mapfre. 1994. 193 pp.
- CARRASCO PERERA, A. "Fianza, accesoriedad y contrato de garantía". Madrid 1992, pp. 109
- DEI, H. Daniel – 2006 – "La tesis – Como orientarse en su elaboración" - Buenos Aires – Prometeo – 147 p
- ETCHEVERRY, Raúl Anibal; LAMI, Carlos colab; HOCSMAN, Heriberto Simón, colab; FERNANDEZ, Adela Norma, colab; MOSQUEIRA, Marcela, colab; LEYES, Luis A, colab; CHOMER, Hector Osvaldo, colab; WITTHAYSM Mónica, colab; WOLMAN, Norberto, colab; TEVEZ, Alejandro, colab; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, colab; CRACOGNAM Dante; colab. "Derecho comercial y económico". Contratos: Parte especial V. 2. Bs.As. ASTREA. 1994, 394 p.
- EMBID IRUJO, J.M. "El seguro de caución como garantía" en "Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero". Madrid, 1990 p. 697.
- EMBID IRUJO, J.M. "El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica" en La Ley, 1986, II, p. 1064.

- EMBID IRUJO, J. M., "Aval, fianza y seguro de caución". La Ley Año XIII, No. 2954 pp. 6
- EMBID IRUJO, J. M.; "Comentario Sentencia del 2 de Junio de 1992" en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Enero/Marzo 92. T. 28, pág. 639.
- EMBID IRUJO, J. M.; "Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución". En La Ley Año XI, N° 2454. 1990.
- EMBID IRUJO, J. M.; "Problemas actuales del seguro de caución" en Las tendencias actuales de los contratos de garantía. Atelier. Barcelona 2005. Pág. 39.
- FARINA, "Seguro de Caución" en R.D. C. O 1981 pág 531
- GAMARRA, Jorge. "Tratado de Derecho Civil Uruguayo". T. XV Montevideo, p.7.
- GAMBINO, A. "Lineas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca, y las nuevas fórmulas de seguro mixto de vida con prima única" Revista Española de Seguros, N° 70, 1992; pp. 29 y ss.
- GARRIDO Y COMAS; J. J. "El Contrato de Seguros". Barcelona. 1954
- GARRIGUES, Joaquín. "Contrato de Seguro Terrestre". Madrid, 1982.
- GARRIGUES DIAZ-Cañabate, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil". T. 4. 7ª. Ed. Bogotá: Temis, 1987, XIX, p. 400.
- GUTIERREZ CUÑA, Néstor A. "El contrato de seguro". Parte General. FCU. 280 p.
- HALPERIN, Isaac. "El Contrato de Seguro". Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1946. 564 p.
- HERRERO, Maria Cecilia. "Panorama actual de las garantías en el Derecho Privado. Garantías mobiliarias e inmobiliarias. Personales y reales", p. 5-41. Ponencias de la Delegación Argentina. Bs.As. Consejo Federal del Notariado Argentino, 2004, 66 p. Jornada notarial Iberoamericana, 11ª. Bs.As. Marzo 2004.
- IFRAN, Geraldine. "Curso de derecho de seguros". AMF. 2006 224. p.
- LA PLUMA: Vol 4. N° 11 (jun 2001). P. 10-11. "Garantía de los derechos reales mediante el sistema de registro y sistema de seguro". Congreso internacional de Derecho Registral, 13 (Punta del Este. 2001).
- LA PLUMA. Separata Normativa. Vol 9, N° 27. Oct. 2006/ Feb. 2007. p. 1. Decreto 379/2006.
- Manés, A. Teoría General del Seguro. Madrid, pág. 34.
- MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa- América. Bs. As. 1971, T. VI. Pág. 156.
- MEZZERA, Rodolfo. "Curso de Derecho Comercial". Actualizado y ampliado por Siegbert Rippe. FCU. 7ª. Edición. 1997. T. III (Contratos Comerciales)
- NOGUEIRA, E. "Interés asegurable", Segundas jornadas del Derecho de los Seguros. FCU. Pág. 27
- OLIVENCIA RUIZ, M. "Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro" En Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Madrid. 1982, pp. 879-880.

PUIG SANAHUJA, Fernando. "Función y riesgo en el Seguro de caución". EUNSA. Navarra 2005. 288 pp.

RODRIGUEZ GRILLO, "Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica", Madrid, Mapfre, 2001, p. 34 y sigtes.

RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y VENTURINI, Beatriz. "Dos criterios jurisprudenciales sobre el alcance de la subrogación legal por el asegurador". ADCU 1998-1999 (Jurisprudencia comentada), pág. 366 y ss.

RODRIGUEZ OLIVERA, Nury; LOPEZ RODRIGUEZ, Carlos Eduardo; BADO CARDOZO, Virginia Susana; colab. "Manual de derecho comercial uruguayo". V.2 T. 2. FCU 2005.

RODRIGUEZ PRIETO, Fernando. "Panorama actual de las garantías personales y reales, mobiliarias e inmobiliarias, en el derecho privado español". En Ponencias presentadas por el notariado español. Madrid: Colegios Notariales. De España, 2004. p. 7 -122

ROITMAN, Horacio, dir; DI TUILLIO, José Antonio, colab. "Seguro de responsabilidad civil". Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1 (1994) p. 361 – 376.

ROITMAN, Horacio, dir; DI TUILLIO, José Antonio, colab. "Seguros". Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 20 (1999) p. 399 – 427.

ROITMAN, Horacio, dir; DI TUILLIO, José Antonio, colab. "Seguros". Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 21 (1999) p. 469 – 483.

SANCHEZ CUARTERO, E., "El seguro de caución y las garantías a primer requerimiento" en Las tendencias actuales de los contratos de garantía. Atelier. Barcelona 2005. Pág. 307.

SANTICCHIA, G. "El seguro de caución". Lexis Nexos On line N° 0003/011385.

SOTO, Victor Dario. "Seguro de caución. Interpretación del riesgo. Cláusulas abusivas y contradictorias. Extensión de la cobertura." En Gherzi, Carlos Alberto. "Cláusulas abusivas: nulidad e ineficacia". Vol 3. Rosario: Juris, 2001, 193 p.

STIGLITZ, Ruben S. "Contratos. Teoría general". Vol. 1. Bs. As. Depalma. 1990.

STIGLITZ, Ruben S. "Derecho de Seguros". T. I, II, III. 4ª. Edición actualizada y ampliada. La Ley, Buenos Aires. 2004

STIGLITZ, Ruben S. "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro". Abelendo Perrot. Bs. As. 1994.

TIRADO SUÁREZ, J. "Seguro de Caución. Pignoración de pólizas de seguro" en Contratos Bancarios, 1992, pp. 819.

Tirado Suárez, J. "El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español" apéndice al libro de Bastin J. "El seguro de crédito en el mundo contemporáneo. Madrid, 1980. pp. 695

VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Las garantías del crédito". T. 2. 2da. Ed. Actualizada. Bs.As. Rubinzal-Culzoni. 1998. 430 p.

VIVANTE, César. "Derecho Comercial". T. 15. Vol 2. Ediar. Bs. As., 1952.

VIVANTE, C. Del contrato de seguro, de la prenda, del depósito en los bancos generales". Bs.As., 1952.