

SEGURO DE FIANZA O DE CAUCIÓN

Dr. Enrique Nogueira

Introducción.-El origen de este seguro lo debemos ubicar en Inglaterra, en el siglo XIX, y tiene como finalidad sustituir las garantías o cauciones reales, que exigían la inmovilización de grandes sumas de capital. Su denominación como seguro de caución se debe a la finalidad que cumple: sustituir las garantías de tipo real que deben de ser constituidas por determinadas personas. Esta finalidad del seguro de fianza o caución, constituye una ventaja sobre otras formas de garantía que hace muy atractiva la contratación de este seguro, como lo veremos en nuestra exposición, en la medida que requiere una inmovilización menor de recursos financieros.-

Cabe recordar que en nuestro derecho positivo no existe una regulación del seguro de fianza o caución, debido a que en el Título IX del Código de Comercio destinado al contrato de seguro, no se hace mención a esta modalidad asegurativa (como también sucede con otros seguros, como por ejemplo el seguro de responsabilidad civil).

La circunstancia de que el seguro de fianza o caución no se encuentre regulado en el Código de Comercio, no priva de validez al mismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 635 de dicho cuerpo normativo: *“El seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos, no mediando prohibición expresa de la ley”*. Y a continuación, en el referido artículo se deja en claro que la mención de los diferentes riesgos contenida en el Código de Comercio es a título meramente enunciativo, al establecer que: *“Puede, entre otras cosas, tener por objeto:...”*.-

La ausencia de regulación legal del seguro de fianza o caución en nuestro país, determina que la fuente del régimen jurídico de este seguro sea la autonomía de la voluntad de las partes. En consecuencia, el régimen jurídico del seguro de fianza o caución estará determinado por las disposiciones contenidas en las condiciones generales y particulares con las cuales se emitan las pólizas.-

Las partes que intervienen en el seguro de fianza o caución.- Para poder entender la operativa del seguro de fianza o caución, es necesario individualizar cuales son las partes que intervienen en este seguro y las relaciones jurídicas existentes entre las mismas.-

En el seguro de fianza o caución intervienen tres partes: el tomador del seguro, el asegurado y el asegurador.

El tomador del seguro es quien contrata el seguro y se obliga a pagar el premio y a efectuar el reembolso al asegurador de las sumas que éste deba abonar al asegurado en caso de configurarse el siniestro.-

El asegurado o beneficiario del seguro, es quien tiene derecho a cobrar la indemnización en caso de configurarse el siniestro.-

El asegurador, es la compañía de seguros que emite la póliza del seguro y que resulta obligada a abonar la indemnización en caso de configurarse el siniestro.-

Podemos individualizar las siguientes relaciones jurídicas entre las partes que intervienen en el contrato de seguro de fianza o caución:

Entre el tomador del seguro y el asegurado, existe una relación jurídica previa (de fuente legal o contractual), de la cual deriva una obligación del primero a favor del segundo, cuyo cumplimiento (o más precisamente, su incumplimiento) garantiza el seguro de fianza o caución.-

Entre el asegurador y el asegurado, existe la relación jurídica emanada del contrato de seguro de fianza o caución, por la cual en caso de incumplimiento del tomador del seguro, el primero se obliga a indemnizar al segundo, a título de reparación o penalidad, los daños sufridos a consecuencia de dicho incumplimiento.-

Entre el tomador del seguro y el asegurador, la relación jurídica deriva de la póliza del seguro, y consiste en la obligación del primero de pagar el premio del seguro y de reembolsar al asegurador los pagos que éste deba realizar al asegurado en caso de que se configure el siniestro.-

El riesgo asegurado.- Cabe recordar que el riesgo es un elemento esencial del contrato de seguro, cuya ausencia genera la nulidad del mismo, que

podemos definir como el acontecimiento incierto, cuyo acaecimiento determina el nacimiento de la obligación del asegurador de abonar la indemnización del siniestro (art. 634 del Código de Comercio).

Es necesario tener presente que, como lo señala con acierto Isaac Halperin en su obra "Contrato de Seguro", págs.. 248 y 249, la obligación principal del asegurador es la asunción del riesgo (y no la de indemnizar el siniestro), en la medida que la obligación de indemnizar el siniestro es secundaria (ya que indemniza porque asumió el riesgo) y eventual (dependerá de que efectivamente ocurra el siniestro durante la vigencia del contrato de seguro).-

De acuerdo a la definición que dimos del seguro de fianza o caución, el riesgo cubierto por este seguro es el mero incumplimiento del tomador del seguro de su obligación emergente de la relación jurídica preexistente individualizada en la póliza del seguro.-

Diferencias entre el seguro de fianza o caución y el seguro de crédito.

Estos seguros tienen en común su función de protección del crédito, pero se distinguen por el riesgo que cubren. El seguro de crédito tiene por objeto indemnizar el daño ocasionado por el incumplimiento provocado por la insolvencia del deudor, en tanto el seguro de fianza o caución tiene por objeto la reparación del daño causado por el mero incumplimiento del deudor. Por esta razón, se dice que la diferencia entre ambos seguros no es de esencia sino de grado del riesgo cubierto: en el seguro de fianza o caución, es el mero incumplimiento del deudor; mientras que en el seguro de crédito es el incumplimiento causado por la insolvencia del deudor.-

Además, las figuras del asegurado y tomador no coinciden en ambos seguros. En el seguro de fianza o caución, el tomador del seguro es el deudor, quien contrata la póliza en beneficio del acreedor. En cambio, en el seguro de crédito, el asegurado y tomador del seguro es el acreedor y el deudor queda al margen de la relación contractual.-

Interés asegurable.- El interés asegurable es también un elemento esencial del contrato de seguro, que podemos definir, para los seguros de daños (dentro de cuya categoría se ubica el seguro de fianza o caución, en virtud de que le es aplicable el principio indemnizatorio), como la relación

de carácter económico que vincula al asegurado con el objeto asegurado, que puede resultar afectada en caso de que ocurra el siniestro. Este elemento es el que diferencia al seguro del juego o apuesta y en los seguros de daños constituye la medida de la indemnización.-

El interés asegurable permite distinguir las figuras del tomador del seguro (quien contrata el seguro y se obliga a pagar el premio) y del asegurado (titular del interés asegurable).-

En el seguro de fianza o caución, el interés asegurable es el interés que tiene el asegurado en el cumplimiento de la prestación por parte del tomador del seguro.-

Corresponde precisar que en el seguro de fianza o caución, quien contrata el seguro (tomador del seguro), no es el titular del interés asegurable. En efecto, el titular del interés asegurable es el acreedor de la obligación preexistente, cuyo patrimonio resultará afectado en caso de incumplimiento del deudor (tomador del seguro). Por esta razón, el seguro de fianza o caución es un seguro por cuenta ajena, figura expresamente prevista en el art. 650 del Código de Comercio. En efecto, el tomador del seguro contrata el seguro a nombre propio (es decir, no lo hace en representación del asegurado), pero por cuenta ajena (del acreedor-asegurado, por ser éste el titular del crédito garantizado por el seguro de fianza o caución, y por ende, del interés asegurable).-

Configuración del siniestro.- En la medida que no existe una regulación legal del seguro de fianza o caución, se deberá estar a lo estipulado en las condiciones generales de la póliza con las cuales se suscribe el seguro para determinar cuando se verifica el riesgo de incumplimiento y en consecuencia se considera configurado el siniestro.

Es habitual que se establezca en las condiciones generales de la póliza que el siniestro se configura con el resultado infructuoso de la intimación de pago de la suma garantizada por el seguro de fianza, que debe realizar el asegurado al tomador del seguro.

Si bien, como se señalara precedentemente, el siniestro queda verificado por la sola intimación de pago de multa con resultado infructuoso, dicha

circunstancia no releva al asegurador del deber de controlar el incumplimiento contractual invocado por el asegurado. Sobre este punto, se dice en la Sentencia N° 56, dictada por el Tribunal en lo Civil de 5to. Turno: *“En aplicación del principio general de la buena fe, de raigambre constitucional (arts. 7, 72 y 332 de la carta) y expresa recepción legal en sede de ejecución de contratos (art. 1291 del Código Civil, art. 209 del Código de Comercio), siendo que se trata de un seguro de fiel cumplimiento del contrato, parece razonable concluir que en punto a la constatación del acaecimiento del siniestro (en el caso incumplimiento contractual), no podrá reputarse suficiente la mera comunicación unilateral del asegurado o afianzado, sino que el asegurador deberá controlar, en conocimiento si se quiere superficial pero que permita inferir razonablemente su verosimilitud, el incumplimiento contractual del proponente que invoca el beneficiario de la póliza”*.-

A dichos efectos, es de buena práctica que el asegurador de conocimiento al tomador-deudor de la denuncia de incumplimiento presentada por el asegurado, a los efectos de que tenga la posibilidad de convalidar o no la pretensión del asegurado, y de esa forma contar con mayores elementos de juicio para controlar la configuración del siniestro.-

Por iguales fundamentos (aplicación del principio de buena fe) el Tribunal Supremo español ha sostenido que aún en el caso de un seguro de fianza o caución emitido bajo la modalidad de primer requerimiento (en el cual el siniestro se configura con el mero reclamo del asegurado), el asegurador puede liberarse de responsabilidad probando que no existió incumplimiento por parte del tomador (operando, en tal caso, una inversión de la carga de la prueba).-

Pero a continuación, el Tribunal precisa que: *“A tales efectos, parece claro que el BSE (asegurador) no podrá aguardar las resultancias de un juicio ordinario (o el contencioso administrativo de anulación) que declarara, con autoridad de cosa juzgada, el incumplimiento contractual que torne exigible el pago de la suma asegurada”*.-

Queda claro, entonces, que a juicio del Tribunal si bien el asegurador debe controlar si el tomador del seguro incumplió su obligación para

efectuar el pago de la indemnización al asegurado, el control no debe ser tan estricto de esperar al dictado de una sentencia judicial que pase en autoridad de cosa juzgada.-

El daño.- Podemos definir al daño como la lesión del interés asegurable, que se produce como consecuencia del acaecimiento del siniestro. En el seguro de fianza o caución, el daño es la lesión que sufre el patrimonio del asegurado a consecuencia del incumplimiento del tomador del seguro. En este seguro, la indemnización del daño se puede realizar a título de resarcimiento (como ocurre normalmente en los seguros de fianza o caución de cumplimiento de contrato de obra privada), o mediante la modalidad de penalidad (como sucede con los seguros de fianza o caución de cumplimiento de contrato de obra pública).

La circunstancia de que los daños realmente sufridos solamente se puedan conocer luego de acaecido el siniestro (en este caso, el incumplimiento), no impide que en el seguro de fianza o caución suscrito bajo la modalidad de penalidad, se aplique el principio indemnizatorio (propio de los seguros de daños). Lo que sucede es que en esta modalidad de seguro de caución o fianza, las partes determinan de ante mano el monto de la indemnización que deberá abonar el asegurador en caso de configurarse el siniestro (el importe de la multa o penalidad), con independencia del monto del daño efectivamente sufrido por el asegurado. Estaríamos ante un seguro a valor tasado (previsto en el art. 661 del Código de Comercio), que tiene como finalidad evitar las controversias que se puedan suscitar al momento de determinar el valor del interés asegurable, facilitando de esta forma el cálculo de la indemnización.

Obligación de reembolso.- En esta modalidad asegurativa, el asegurador tiene una acción directa de reembolso o recupero en contra del tomador del seguro por todos los pagos que deba realizar al asegurado en caso de configurarse el siniestro, que se estipula en la solicitud del seguro.

El fundamento de esta acción de reembolso, sería desinteresar al tomador del seguro en incumplir la obligación preexistente garantizada con el seguro de fianza.-

En la medida que se concluya, como lo haremos nosotros, en que el seguro de fianza o caución tiene naturaleza asegurativa, más precisamente de un seguro de daños, en caso de que se configure el siniestro y el asegurador deba abonar la indemnización al asegurado, se transfiere también al asegurador la acción del asegurado contra el tomador en virtud de la subrogación legal prevista en el art. 669 del Código de Comercio.

En consecuencia, en caso de que el asegurador deba abonar la indemnización del siniestro al asegurado, aquél tendrá dos acciones en contra del tomador del seguro: a) la acción subrogatoria prevista en el art. 669 del Código de Comercio y b) la acción directa de reembolso pactada en la propuesta del seguro.-

La ventaja que tiene para el asegurador la acción directa de reembolso sobre la acción subrogatoria legal, consiste en que el tomador del seguro no podrá oponerle las excepciones derivadas de la relación jurídica previa, ya que el presupuesto para el ejercicio de la misma será el pago efectuado al asegurado, con independencia de que haya existido responsabilidad del tomador del seguro en el incumplimiento.

Impago del premio.- El régimen previsto para el incumplimiento de la obligación de pagar el premio del contrato de seguro por parte del tomador del seguro, ya sea el legal (art. 676 Del Código de Comercio) o convencional (condiciones generales de la póliza), establece que opera la suspensión de la cobertura del seguro y confiere al asegurador el derecho de rescindir el mismo.

Este régimen es inaplicable al seguro de fianza o caución, debido a la función de garantía que cumple este seguro. En efecto, si el impago del premio permitiera al asegurador invocar la suspensión de la cobertura o rescindir el seguro, el acreedor quedaría enteramente en manos del tomador del seguro (deudor), quien podría generar de esta forma la extinción de la garantía ante la desaparición del aseguramiento.-

Naturaleza jurídica del seguro de fianza o caución.- La doctrina se encuentra dividida respecto a cuál es la naturaleza jurídica del seguro de fianza o caución. Para un sector de la doctrina (fundamentalmente la

doctrina italiana) se trata de una fianza, más precisamente de una fianza mercantil onerosa, explotada profesionalmente de acuerdo a las bases técnicas y económicas del negocio del seguro. Quienes sostienen esta posición, se basan en:

a) la función de garantía que cumple el seguro de fianza o caución: de garantizar el crédito emergente de la relación jurídica preexistente.-

b) la acción de reembolso del asegurador en contra del tomador del seguro, que descartaría la transferencia del riesgo al asegurador, ya que éste siempre puede recuperar en vía de regreso las sumas abonadas al asegurado. Se ha rebatido este argumento, señalando que el asegurador correría siempre el riesgo de tesorería (insolvencia del tomador del seguro) y que el asegurador siempre tiene la posibilidad de accionar en contra del tomador asegurado para recuperar las sumas pagadas por concepto de indemnización del siniestro, en virtud de la subrogación legal prevista en el art. 669 del Código de Comercio.-

Debido a que en el seguro de fianza o caución aparecen elementos comunes al contrato de fianza y al contrato de seguro, se ha sostenido que el seguro de fianza o caución tiene naturaleza compleja o mixta.-

Finalmente, para otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia (dentro de la cual se destaca la española), al cual adherimos, el seguro de caución o fianza es verdaderamente un contrato de seguro. Si bien el contrato de seguro de fianza o caución forma parte de la categoría de negocios que tiene por función brindar protección al derecho de crédito, como sucede también con la fianza o aval, tiene características propias que lo distingue de estas figuras. En primer lugar, es distinta la naturaleza de la prestación. En el contrato de fianza, el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste. En tanto en el seguro de fianza o caución, se trata de indemnizar el daño sufrido por el asegurado. El asegurador no está obligado a cumplir la obligación del deudor principal, en caso de incumplimiento de éste, sino a indemnizar el daño del asegurado, ya sea a título de reparación o de penalidad, que aquél incumplimiento le hubiera causado.-

En segundo lugar, la fianza es un contrato accesorio (de la relación jurídica de la cual deriva la obligación afianzada), en tanto el seguro de caución es un contrato autónomo, en virtud del carácter indemnizatorio de la prestación asumida por el asegurador.-

Cabe precisar que el seguro de fianza o caución, si bien es un contrato autónomo, se encuentra vinculado con la relación jurídica preexistente generadora de la obligación garantizada por dicho seguro. En efecto, si se extingue la obligación emanada de la relación jurídica preexistente, se extingue también el contrato de seguro de fianza o caución, en virtud de que no existiría el riesgo (el incumplimiento de la mencionada obligación) ni el interés asegurable (el derecho de crédito del asegurado).-

En nuestra opinión, el carácter indemnizatorio de la prestación asumida por el asegurador en el seguro de fianza o caución prevalece sobre la función de garantía que cumple el mismo y confiere naturaleza asegurativa a este contrato, como lo ha sostenido en reiterados fallos el Tribunal Supremo Español. Pero la función de garantía que cumple el seguro de fianza o caución, impide que se apliquen a este seguro aquellas normas previstas con carácter general para el contrato de seguro que sean incompatibles con dicha función (como sucede por ejemplo en caso de incumplimiento de la obligación del tomador de abonar el premio).-

Pero más allá de las peculiaridades que presenta el seguro de fianza o caución, estamos ante un contrato de seguro. En efecto, existe una compañía de seguros que emite una póliza de seguro, un tomador y un asegurado. Existe también un riesgo, un interés asegurable y el pago de un premio, elementos que dejan en evidencia que técnica y económicamente estamos en presencia de una operación de seguro.-

Conclusiones

Si bien el seguro de fianza o caución forma parte de los negocios que tienen por función la protección del crédito (como la fianza o el aval), tiene la naturaleza jurídica de un seguro, más precisamente de daños, debido a que prevalece el carácter indemnizatorio de la prestación asumida por el asegurador.

Por dicha razón, el seguro de fianza o caución en puridad no garantiza el cumplimiento de la obligación del tomador del seguro sino la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del mismo (ya sea mediante la modalidad de reparación o de penalidad).-

La función del seguro de fianza o caución, como lo expresara al inicio de mi exposición, es de sustituir la caución real (depósito en dinero o títulos), que debe ser prestada por una persona en garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

La caución real si bien tiene la ventaja para el acreedor de brindar un sistema muy efectivo de protección frente al incumplimiento, tiene el enorme inconveniente para el deudor de tener que inmovilizar capital, el cual puede alcanzar una cuantía muy elevada (por ejemplo cuando se trata de una concesión de una obra pública).-

El seguro de fianza o caución ofrece también ventajas para el acreedor, en la medida que una vez configurado el siniestro y efectuada la liquidación del mismo, el asegurador abona inmediatamente la indemnización, sin que el asegurado deba cargar con el lento y prolongado proceso de ejecución de la garantía real.-

El seguro de fianza o caución también presenta ventajas comparativas con el aval bancario para el deudor, por cuanto no genera una limitación de las líneas de crédito bancarias. Por este motivo, podemos sostener que la contratación del seguro de fianza o caución aumenta la capacidad crediticia de la empresa tomadora del seguro.-

Por las razones expuestas precedentemente, el seguro de fianza o caución es un medio de garantía universalmente aceptado, que facilita la inversión y la realización de obras públicas y privadas, al brindar una garantía eficiente al acreedor que no genera el inconveniente para el deudor de tener que inmovilizar recursos financieros.-

