

ARC
BER - 1

N 38446
R 36355

EL SEGURO DE CAUCIÓN Y EL PRIMER REQUERIMIENTO

CONFERENCIA

PRONUNCIADA EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA
EL DÍA 12 DE NOVIEMBRE DE 2004

POR

FRANCISCO JAVIER BERGAMÍN SERRANO

Abogado

Director de Asesoría Jurídica de
MAPFRE Caución y Crédito



Señoras y señores, buenas tardes a todos.

Agradezco la amable invitación de la Universidad de Granada, de los Patrocinadores (Asociación Panamericana de Fianzas, Fundación MAPFRE Estudios y Fundación Jean Bastin) y de los organizadores (D. Carlos Hoyos y Profesor Camacho de los Ríos), para participar en la reflexión sobre las tendencias actuales de los contratos de garantía, invitación que he aceptado "a primera demanda", con agradecimiento sincero, por razones varias: Por el indudable interés que suscita la materia, la excelencia y la calidad intelectuales de todos los ponentes y la mirada atenta de todos ustedes y, en particular, de quienes estudiáis en estas aulas.

No puedo ocultar que me asiste también una razón personal y emotiva. El 3 de noviembre de 1857, a los veinte años de edad, se licenció en esta Facultad de Derecho mi bisabuelo D. Francisco Bergamín. Granada fue la ciudad de su formación jurídica y de su ensueño e inspiración. D. Francisco, aunque muchos lo ignoren, en apariencia sólo jurista, profesor y político, fue en esencia un poeta.

En Granada, alejándose de sus compañeros –simpáticos y bulliciosos, más amigos de danzas que de estudios– recorría solitario el bosque de la Alambra, los jardines del Generalife, la colina del Sacro-Monte. Unas veces, llevaba bajo el brazo textos de Derecho o de Legislación. Pero otras muchas, libros de romances y leyendas, evocaciones de la Granada de feroces guerreros y lánguidas huríes

A la alegría mediterránea de su ciudad natal –Málaga–, unió la majestad y la tristeza de Granada con el “triste gemido” de sus ríos por cuyas aguas “sólo reman los suspiros”, según uno de sus poemas.

De D. Francisco jurista, muchas anécdotas se cuentan. Una de ellas, en la defensa de un caso ante el Tribunal Supremo, al que solía acudir con una sola cuartilla para informar y en el que, dicen, llamaba la atención por la concisión de su estilo y la sencillez de sus razonamientos. En aquella ocasión, parece ser que se extralimitó algo más de lo habitual o debido en el uso de la palabra, hasta el extremo de que el Presidente de la Sala le llamó al orden con las siguientes palabras: “Señor Bergamín, al grano”. Y D. Francisco le contestó: “Al grano y a la paja, Excmo. Sr. Presidente, que de todo hay que hablar en esta Sala”.

Transcurridos muchos años, el hijo de D. Francisco, mi abuelo José, quien dedicó la vida al digno oficio de escritor, publicó un aforismo del que intentaré extraer consecuencias a continuación: “Buscar raíces es una forma subterránea de andarse por las ramas”.

Por el respeto que merecen y por la cuenta que me trae para no ser llamado al orden, les ruego disculpen la licencia subterránea que me he permitido al ahondar en mis raíces, e intentaré ir “al grano”, a la reflexión sobre “el seguro de caución y el primer requerimiento”, sin andarme más por las ramas.

La Ley de Contrato de Seguro de 1980 configura el de caución como una modalidad autónoma de garantía, en virtud de la cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado o beneficiario los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del tomador del seguro (artículo 68).

La Ley se limita a definir el seguro de caución y a establecer con carácter imperativo el derecho del asegurador, y el deber correlativo del tomador, de reintegro de las cantidades indemnizadas.

La parquedad legislativa obedece al deseo consciente del legislador de otorgar un amplio juego a la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1.255 del Código Civil) atendiendo a que los riesgos asegurados revisten normalmente carácter comercial y a que el tomador del seguro suele ser un empresario o profesional. En esta línea, la Ley de Contrato de Seguro reconoce que el seguro de caución tiene por objeto la cobertura de los denominados "grandes riesgos" cuando "el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad" [artículo 107.2, apartado b)].

Las consecuencias de la calificación del seguro de caución como "gran riesgo" revisten una importancia significativa en la práctica, pues implica que la relación contractual entre el tomador y el asegurador debe regirse, en cuanto a la determinación de sus derechos y obligaciones, por la Póliza de seguro, sin que la misma deba sujetarse con carácter imperativo al contenido de las disposiciones o preceptos de la Ley de Contrato de Seguro (artículo 44, en relación con el artículo 2).

Los legisladores comunitario y nacional interpretan de esta forma que el tomador del seguro que reúne la condición de empresario cuenta con la posibilidad de un asesoramiento jurídico-financiero suficiente para valorar e incluso negociar las condiciones contractuales ofrecidas por el asegurador o el contenido de la Póliza de seguro. O, dicho de otro modo, que frente a los contratos de seguro que tienen por objeto la cobertura de riesgos denominados "de masa" (automóviles, hogar ...) –en los que el tomador merece especial protección por encontrarse ante contratos de simple adhesión–, la intervención de las autoridades administrativas de control sobre el contenido de las condiciones contractuales de seguro debe ser mínima.

La interpretación se ajusta a la realidad si se considera que el grueso de los capitales asegurados o los grandes cúmulos de riesgo cubiertos por todas las compañías aseguradoras especializadas en el ramo de caución corresponden a garantías emitidas por orden de "grandes empresas".

Es importante subrayar que el legislador no considera la concurrencia o no de la condición de empresario o profesional en el asegurado o beneficiario de las garantías emitidas al amparo de una Póliza de seguro de caución para calificar ésta, la Póliza como “gran riesgo”, o en orden a la defensa de sus derechos mediante la aplicación imperativa o no de la Ley de Contrato de Seguro.

La Ley viene a reconocer que la protección de derechos debe brindarse, en caso necesario, al tomador, pues en el seguro de caución coexisten diversas realidades específicas del ramo que es preciso subrayar:

- El tomador es el cliente del asegurador y persona distinta del asegurado o beneficiario de la garantía que se emite al amparo de la Póliza de seguro.
- Sólo existe un tomador en cada Póliza de seguro, mientras que pueden aparecer muchos o tantos asegurados como cauciones se emitan como consecuencia de la suscripción de una misma Póliza.
- Los asegurados no intervienen en la negociación de la Póliza de seguro, no la suscriben o consienten, por lo que no asumen en virtud de la misma obligación alguna con el asegurador, ni siquiera tienen por qué conocer o invocar su contenido para ejecutar las garantías prestadas a su favor en virtud de la Póliza.
- La relación contractual que vincula al asegurador con el asegurado se sustenta o viene determinada por el documento de garantía que obra en su poder, título único o suficiente para proceder a su ejecución o exigir el pago de la indemnización en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.
- El asegurado, además de no soportar directamente un coste económico por la emisión a su favor de la garantía, es quien impone o exige en la práctica al tomador del seguro, y en consecuencia al asegurador, el modelo o las condiciones en que debe emitirse la caución o garantía individual.

Las realidades expuestas, fácilmente constatables en el tráfico mercantil y también en el ámbito de la contratación administrativa, permiten sostener con carácter general que el asegurador no tiene capacidad en la práctica para imponer al asegurado el alcance o los

efectos de la garantía. Por el contrario, es el asegurado quien suele determinar las condiciones o el texto de la caución –incluso por mandato administrativo–, pues le asiste siempre el derecho a no aceptarla o a no suscribir el contrato con el tomador si considera que la garantía ofrecida no satisface sus expectativas legítimas o que no protege suficientemente sus intereses en caso de incumplimiento de las obligaciones que se pretenden garantizar.

Parece evidente que el alcance de la garantía, o los derechos del asegurado o beneficiario en caso de siniestro o incumplimiento de la obligación asegurada, no puede hacerse depender de las condiciones establecidas en la Póliza de seguro o pactadas exclusivamente entre el tomador y el asegurador, por la sencilla razón de que el asegurado no es parte en la Póliza: No la suscribe o consiente, ni tiene por qué conocer su contenido.

La naturaleza jurídica así como la extensión o los efectos de las miles de cauciones que pueden otorgarse como consecuencia de la suscripción previa de una sola Póliza de seguro deben determinarse, en mi opinión, interpretando únicamente el texto o tenor literal de cada documento de garantía, sin que pueda “extenderse a más de lo contenido en ella” o con independencia del contenido de la Póliza, por aplicación analógica del artículo 1.827 del Código Civil –pues el seguro de caución cumple idéntica función de garantía que la fianza (v. STS de 19 de mayo de 1990, Aranzadi 3471/90)– y por la interpretación literal que viene aplicando sistemáticamente nuestro más Alto Tribunal (v. STS de 12 de julio de 2001, Aranzadi 5159/01).

La interpretación contraria podría conducir al absurdo o a afirmar que las voluntades del tomador y del asegurador al suscribir la Póliza de seguro coinciden en la conveniencia de fijar anticipadamente el alcance o los efectos de todas las garantías que se emitan en el futuro por orden del tomador, cuando en dicho momento ambas partes desconocen siquiera si llegará a emitirse alguna –pues el tomador no está obligado a solicitar las cauciones ni el asegurador a emitir las que le solicite–, e ignoran el contenido de las obligaciones a garantizar e incluso su posible asegurabilidad o no, la calidad de los eventuales asegurados o beneficiarios y las condiciones que podrán exigir, etc., etc.

La finalidad que subyace en toda Póliza de seguro de Caución es más sencilla, y no es otra que la de regular, sin olvidar los derechos que pueden derivar para el asegurado, las relaciones entre el tomador y el asegurador en orden al procedimiento de solicitud y emisión de garantías, al pago de la prima o contraprestación, a la forma de proceder en caso de siniestro y al ejercicio de la acción de repetición de las cantidades indemnizadas.

La relación contractual que resulta de la Póliza de seguro es en la práctica exclusivamente bilateral, entre el tomador y el asegurador, mientras que la que surge de la garantía emitida a su amparo es triangular: El tomador solicita su emisión, la aseguradora la presta y el asegurado la acepta.

La disertación anterior parece conducir de forma natural a la necesidad de abogar decididamente por la distinción o separación nítida, sin interferencias recíprocas, entre la Póliza de seguro, como el contrato regulador de las relaciones tomador-asegurador, y la garantía individualmente considerada (el "certificado individual de seguro"), como el documento contractual vinculante entre el asegurador y el asegurado.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/3935), citada por el Profesor EMBID IRUJO en su intervención de esta mañana, se pronuncia de forma acertada, a mi juicio, en este sentido. En la sentencia, sobre la que volveremos más adelante, el Supremo afirma que "en la relación contractual entre las tres partes litigantes había dos negocios jurídicos diferentes, uno de aval o garantía de la aseguradora frente a ellos, aval puro, simple y solidario, y otro de seguro entre las dos entidades demandadas, denominado en la póliza como seguro en garantía de ejecución de contrato de obra o suministros aunque calificado por el tribunal sentenciador como seguro de caución ...". Nuestro más alto Tribunal sostiene a continuación, en definitiva, la autonomía plena entre la póliza de seguro y la garantía individual (aval, en el caso analizado) y, por consiguiente, la inoponibilidad al asegurado (garantizado) de las excepciones que el asegurador pudiera tener contra el tomador del seguro con base en la póliza (caducidad y prescripción de la acción con base en la normativa propia del contrato de seguro).

La realidad del tráfico mercantil y la de todos los ámbitos administrativos apuntan inexorablemente en esta lógica dirección distintiva, al exigir que en los textos de las

garantías el asegurador renuncie expresamente a oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro en virtud de la Póliza de seguro, como el impago de la prima [v. la Disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante, "LOSSP"); el artículo 46 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LCAP), y el Reglamento de desarrollo de esta última Ley por el que se aprueba el modelo de seguro de caución].

Quizás las preguntas siguientes que someto a su consideración contribuyan a reflexionar sobre esta necesidad. ¿Es preciso que un Juez, para determinar el alcance o efectos de un aval bancario, tenga que interpretar el contenido del contrato de concesión de línea de avales o la contragarantía sucrita entre el Banco y su cliente?. Entonces, ¿por qué nuestros Tribunales, la Doctrina e incluso las propias entidades aseguradoras se han venido empeñando durante largos años en determinar el alcance o los efectos de las cauciones o garantías individuales acudiendo a la interpretación de las Pólizas de seguro suscritas por tomador y asegurador o sin la intervención del beneficiario?.

Entre los motivos que dan pie a la pregunta, o a la confusión reinante entre "Póliza" general y caución o "seguro de caución" como garantía individual, me atrevería a sugerir los siguientes:

- a) La parquedad legislativa a la que se ha hecho referencia, e incluso el descuido grave del legislador al no diferenciar o al utilizar como conceptos indistintos las expresiones "póliza de seguro" y "contrato de seguro" de caución cuando se refiere al documento en que se instrumenta la garantía individual.

Así, por ejemplo, la Ley de Ordenación del seguro privado dispone en su Disposición adicional primera que "La póliza en que se formalice el contrato de seguro de caución se ajustará al modelo aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda".

Tras la publicación de la Ley muchos dudaron, y algunos permanecen todavía en duda, si se estaba refiriendo a la Póliza de seguro de caución a suscribir entre

tomador y asegurador o al modelo de garantía o de contrato individual de seguro (conocido en nuestros días ya de forma general como “certificado individual de seguro”), o a ambas cosas (Póliza y certificado individual de seguro).

La lógica parecía apuntar a que tenía sentido, por razones de seguridad jurídica, que la Administración diera su conformidad a los modelos de garantía susceptibles de surtir efectos en su propio ámbito, dada su eventual condición de asegurado o beneficiario de las mismas.

Carecía de sentido, y sigue sin tenerlo, que la intervención tuviera que llegar a regular o a “modelar” la relación contractual entre el tomador del seguro y el asegurador –la Póliza de seguro–, en la que la Administración no es parte ni desea conscientemente que le afecte. La Ley establece expresamente, tanto la de Ordenación del seguro como la de Contratos de las Administraciones Públicas, la inoponibilidad de las excepciones del asegurador contra el tomador en sede de ejecución de la garantía o contrato de seguro de caución.

La Administración no puede obviar, en este sentido, que las Pólizas de seguro de caución deben regirse por la autonomía de la voluntad de las partes (artículos 44 y 107 de la Ley de Contrato de Seguro y 1.255 del Código Civil), y que las normativas comunitaria y nacional disponen con carácter imperativo que los modelos de las Pólizas de seguro, sus condiciones o su contenido, no precisarán o no pueden quedar sujetas a su aprobación o a la autorización administrativa previa (artículo 23.4 LOSSP).

- b) La emisión generalizada hasta fechas muy recientes por todas las compañías aseguradoras de caución, sin excepción, de garantías bajo la denominación expresa de “aval”, en infracción aparentemente manifiesta de la prohibición legal que pesaba y pesa sobre las mismas de otorgar “avales” o “garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora” [artículos 5 b) de la LOSSP y 3 de la Ley de Ordenación anterior de 1984].

La posible infracción legal ha sido apuntada constantemente por el Tribunal Supremo (v. Sentencias de 30 de marzo y 5 de julio de 2000, Aranzadi 2314 y 6010/2000, respectivamente). Sin embargo, llama poderosamente la atención que

dicha práctica "desafiante", por generalizada, nunca fuera sancionada por la Dirección General de Seguros, sino tolerada abiertamente.

La razón residía en que las aseguradoras ajustaban estrictamente su actuación a la Orden ministerial de 18 de mayo de 1968 –derogada en 1995– por la que se aprobaba un único modelo de garantía, denominado de "aval", susceptible de ser admitido en el ámbito de la contratación administrativa, y cuya utilización se generalizó también en la contratación mercantil.

- c) La oposición pertinaz y en ocasiones contumaz de algunas entidades aseguradoras a la ejecución de sus "avales" argumentando constantemente que la naturaleza jurídica de la garantía no era la de un "aval" o fianza, a pesar de su tenor literal, sino la de un contrato de seguro de caución. La oposición se fundamentaba, paradójicas de la vida, en la prohibición legal que pesaba sobre las propias aseguradoras de otorgar "avales", como posible causa de nulidad del título de garantía, en un intento vano de convencer al Juez de que se encontraba ante algo distinto a un "aval", que no podía calificarse más que de un seguro de caución a la vista de la Póliza suscrita previamente con el tomador, que se aportaba al proceso.

La pretensión no era otra que se acogiese el principio indemnizatorio inherente a todo contrato de seguro, o la necesidad de acreditar o probar el incumplimiento del tomador y la cuantía de los daños causados como requisitos previos, imprescindibles, para proceder al pago de la indemnización. Este intento infructuoso pretendía, en última instancia, salvar el carácter abstracto e independiente de avales que habían sido emitidos "a primer requerimiento".

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 28 de mayo de 2003 citada anteriormente, advierte claramente esta situación en los siguientes términos: La infracción de la prohibición de emitir avales o garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora "podría tal vez haber determinado la acción administrativa sobre la aseguradora infractora, pero no justificar que ésta se desentendiera de la garantía directamente prestada a los recurrentes máxime cuando la nulidad de pleno derecho como consecuencia de tal prohibición se estableció años después por la Ley 30/1995 ...". Y añade a continuación: "... si bien es cierto que en casos parecidos al presente se ha considerado el documento de aval un complemento del seguro de

caución, siempre se ha hecho bajo el designio de defender al asegurado frente a las trabas opuestas por la aseguradora escudándose en excepciones propias de la fianza, como el beneficio de excusión o la falta de prueba del incumplimiento del obligado principal (STS 26-1-95 [RJ 1995, 172] y 13-12-00 [RJ 2000, 10438]; en definitiva, para impedir un doble juego de las aseguradoras orientado a eludir sus obligaciones frente a quien había confiado en su garantía. Por el contrario, cuando la fianza prestada en documento aparte garantiza plenamente los derechos de quien en la póliza aparece mencionado como asegurado, esta Sala viene afirmando su autonomía, sobre todo cuando el aval es a primer requerimiento, y por tanto la plenitud de la obligación asumida por la aseguradora como fiadora (SSTS 6-7-98 [RJ 1998, 5417] y 29-4-02 [RJ 2002, 5109]), impidiéndose así un doble juego de signo contrario como el intentado en el presente caso por la aseguradora al oponer la caducidad de la póliza y la prescripción de la acción con base en la normativa propia del contrato de seguro".

En efecto, la oposición sistemática de este argumento, e incluso de las excepciones personales del asegurador contra el tomador como el impago de la prima, fue utilizada de forma abusiva por algunas entidades importantes ya desaparecidas del mercado, en flaco favor al sector pues generó una indudable y razonable inseguridad y desconfianza entre los asegurados o beneficiarios en relación con el seguro de caución, hasta el punto de negarse a admitirlo como forma de garantía.

La desconfianza o el recelo al que me refiero ha venido a ser reconocido o refrendado por la propia Ley de Ordenación del Seguro Privado al recordar, de forma aparentemente innecesaria si se atiende a los principios básicos que informan el Derecho de la competencia, que "El contrato de seguro de caución celebrado con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución será admisible como forma de garantía ante las administraciones públicas en todos los supuestos que la legislación vigente exija o permita a las entidades de crédito o a las entidades financieras de crédito constituir garantías ante dichas administraciones" (Disposición adicional primera).

A pesar de la claridad de la disposición legal, acogida con lógicos aplausos en el sector asegurador, es necesario denunciar que muchas Administraciones Públicas permanecen ancladas en el recelo o ignoran la aplicación imperativa del precepto al

no consignar expresamente el seguro de caución en los Pliegos de condiciones administrativas particulares como forma admisible de garantía, o al ponderar en mayor medida u otorgar más puntuación a la hora de adjudicar el contrato a los contratistas que aporten un aval bancario.

En fin, la escasa regulación legal del seguro de caución, la emisión generalizada de “avales” por las Compañías de Seguros y la oposición a su ejecución con fundamento en la Póliza de seguro de caución y no en el propio contenido de la garantía, han conducido de forma obligada a nuestros Tribunales y Profesores universitarios – llamados de forma natural, y no “forzada” como en mi caso, a “buscar raíces”– a indagar sobre la naturaleza, la función y el verdadero alcance jurídico del contrato de seguro de caución.

Creo que es posible coincidir en que las teorías doctrinales y jurisprudenciales construidas sobre el alcance o los efectos del seguro de caución, en cuanto garantía individualmente considerada, se sustentan en dos pilares muy llamativos, paradójicos o, al menos, extraños. En efecto, las teorías se construyen desde la convicción inicial de que los documentos de garantía analizados en el proceso judicial no participan de la naturaleza jurídica del contrato de seguro de caución sino que son avales o fianzas, pero acuden sin embargo para determinar su alcance o efectos, es decir, el derecho del asegurado al pago del importe garantizado o “afianzado”, a la interpretación del contenido de la Póliza de seguro de caución suscrita entre tomador y asegurador, en la que precisamente el beneficiario de la garantía no es parte.

Personalmente, considero que la Doctrina y la Jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución y su distinción con otras figuras afines de garantía como la fianza, son acertadas. Por el contrario, debo entonar cierta crítica constructiva, en un foro de reflexión tan adecuado como es el universitario, en relación con las teorías imperantes que determinan el alcance o los efectos de las garantías constituidas mediante seguro de caución con base en las Pólizas de seguro. Como intentaré explicar a continuación, esta interpretación conduce inexorablemente a un “determinismo inexacto” o a configurar en la teoría todas las garantías constituidas mediante seguro de caución como garantías abstractas, independientes o a primera demanda.

En 1993, el Profesor y Magistrado D. Antonio Gullón Ballesteros apuntaba ante la Academia Matritense del Notariado que las compañías de seguros venían ya emitiendo garantías a primera demanda desde la entrada en vigor de la Ley de Contrato de Seguro de 1980. Y sostenía literalmente, que "El seguro de caución tal y como está configurado hasta ahora en las pólizas de las compañías aseguradoras no es más que una garantía a primera demanda incluso más estricta que la que tradicionalmente se conoce". Añadía a continuación, que "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de seguro de caución muestra una línea completamente abstracta (...) porque de verdad en esta clase de seguros no se admite la posibilidad de discutir o no discutir por parte de la compañía aseguradora el incumplimiento o no de la obligación garantizada".

El profesor EMBID IRUJO, presente entre nosotros, al igual que la mayoría de la Doctrina, aprecia en la misma línea que la exigencia de la prueba del incumplimiento por el asegurador "no es habitual entre nosotros" pues en la mayoría de las "pólizas examinadas se configura la producción del siniestro sin conexión aparente al incumplimiento o a su prueba".

Situados en este punto, estimo muy importante diversificar la reflexión o analizar, por un lado, el alcance de la calificación de la Póliza de seguro de caución como "garantía independiente" y, por otro, la posibilidad y los efectos de la inclusión de la cláusula "a primer requerimiento" en las garantías individuales constituidas mediante seguro de caución, como cuestiones bien distintas y no bien diferenciadas hasta la fecha.

1. La Póliza de seguro de caución como "garantía independiente".

La Dirección General de Seguros, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, aprobó en su día las "CONDICIONES GENERALES PARA LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE CAUCIÓN EN GARANTÍA DE EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE OBRA O SUMINISTRO", mediante Resolución de 17 de marzo de 1981.

La Resolución citada, ya derogada, cobra sin embargo un valor muy significativo por su influjo en el sector asegurador, pues su texto fue reproducido fielmente y aún hoy permanece en las Condiciones Generales de las Pólizas de seguro de caución utilizadas en el mercado español.

La adaptación del contenido de las Pólizas al de la Resolución resultaba obligatoria en la práctica, pues las Pólizas estaban sujetas, hasta 1995, a su aprobación previa por la Dirección General de Seguros.

Las Condiciones Generales aprobadas en su día por la Administración, y las contenidas en la casi totalidad de las Pólizas de seguro de caución en vigor a día de hoy, establecen, a los efectos que aquí interesan, dos cláusulas muy importantes:

- "Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera al asegurador el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones ..." (Condición 11).
- "El asegurador queda autorizado para efectuar el pago en el plazo que fije el asegurado, sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad y sin detenerse a considerar si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular. No obstante, el asegurador se obliga a hacer al asegurado las reservas y objeciones que el tomador estime pertinentes, tan pronto como éste se las comunique" (Condición 12).

La Resolución administrativa y las Pólizas de seguro de caución vigentes disponen, en síntesis, que:

- El siniestro debe entenderse producido, en el seno exclusivo de la relación contractual entre tomador y asegurador –firmantes de la Póliza–, cuando el asegurado requiera el pago.
- El asegurador queda "autorizado" a pagar, pero no obligado al pago, en el plazo que fije el asegurado.
- El asegurador queda facultado a pagar sin necesidad de recabar la conformidad del tomador y sin considerar si el requerimiento de pago es justificado o si concurre incumplimiento.
- El asegurador puede oponer al asegurado las objeciones del tomador.

En definitiva, el asegurador queda facultado frente al tomador, en virtud de la Póliza de seguro, a pagar a primer requerimiento del asegurado, afirmación que no permite sostener como vienen haciendo la Doctrina y la Jurisprudencia que de la Póliza de seguro deriva la necesidad o el deber absoluto del asegurador de pagar a primer requerimiento del asegurado.

La finalidad de estas cláusulas debe interpretarse desde la óptica exclusiva de la relación tomador-asegurador. En esta relación, el asegurador no conoce normalmente cuándo se produce el incumplimiento –presunto o cierto– hasta que el asegurado reclama el pago. El requerimiento o la ejecución de la garantía puede efectuarse años después del incumplimiento. En el momento de la reclamación, el asegurador no dispone habitualmente de información o documentación que puedan acreditar el cumplimiento o el incumplimiento de la obligación, sino que depende de la colaboración del tomador, en muchos casos desaparecido o declarado en concurso de acreedores.

En estas circunstancias, es consecuente que tomador y asegurador fijen bilateralmente como fecha de ocurrencia del siniestro el día en que éste reciba el requerimiento de pago, pues puede que el asegurado, a pesar del incumplimiento cierto de la obligación asegurada, nunca ejecute la garantía –por la concurrencia de alguna causa extintiva de la obligación del tomador (compensación de saldos acreedor y deudor) o por la caducidad del plazo para la incautación establecido en la propia garantía, etc.–.

Y también es lícito, al amparo de la libre autonomía de la voluntad, acentuada en los "grandes riesgos", que tomador y asegurador acuerden que, en caso de incautación de la garantía, el asegurador pueda pagar sin necesidad de recabar la conformidad del tomador, porque evidentemente éste se opondrá casi siempre al pago y el cumplimiento de la obligación indemnizatoria no puede dejarse al arbitrio del tomador.

La finalidad de estas cláusulas no es, pues, la de configurar de forma anticipada los seguros individuales que se emitan al amparo de la Póliza como garantías abstractas o independientes u otorgar siempre al asegurado el derecho a cobrar a primer requerimiento.

Su finalidad única o esencial tiene carácter mera o estrictamente procedimental –como intuye el profesor CAMACHO DE LOS RÍOS por remisión a la opinión del autor italiano IPPÓLITO– y está orientada exclusivamente a asegurar el éxito de la acción judicial de repetición del asegurador contra el tomador de las cantidades indemnizadas. La intención no es otra que el tomador no pueda oponer al asegurador en vía de regreso o para no efectuar el reembolso del importe de la indemnización pagada el cumplimiento de sus obligaciones con el asegurado, porque la compañía de seguros no tiene obviamente competencia “jurisdiccional” para declarar el cumplimiento o no del contrato garantizado ni para dirimir las posibles diferencias entre asegurado y tomador.

Por ello, las Pólizas de seguro de caución añaden que la aseguradora “queda exenta de la obligación de tener que impugnar u oponerse a la ejecución de las garantías” y disponen, como hiciera la Resolución de la D.G.S. de 1981, que “El tomador, una vez que haya efectuado el referido reembolso, quedará en libertad para reclamar al asegurado, por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas” (Condición 13 de la Resolución). En este sentido, es también patente que el tomador está en mejores condiciones que el asegurador de defender sus propios intereses si considera que la reclamación del asegurado es improcedente, pues él mejor que nadie conoce los avatares o las incidencias surgidas durante la ejecución de la obligación o del contrato garantizado.

En mi modesta opinión, estas cláusulas sólo pueden adquirir virtualidad o eficacia jurídicas y ser aplicadas en la relación contractual del tomador con el asegurador y, en particular, en el ejercicio de la acción de repetición de las cantidades indemnizadas. Así, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 16 de febrero de 1983, condenó en vía de regreso al tomador a pagar o reintegrar al asegurador el importe de la indemnización satisfecha al asegurado basándose en que, de acuerdo con las cláusulas de la Póliza de seguro, el asegurador estaba facultado expresamente “a verificar el pago de la indemnización (...) sin previo examen del requerimiento de pago hecho por el asegurado”.

Desde esta perspectiva, sí es posible afirmar que las Pólizas de seguro de caución se configuran como verdaderas no ya garantías sino contragarantías independientes o abstractas a favor del asegurador en caso de ejecución de las cauciones

individuales emitidas a su amparo, puesto que establecen el derecho o la facultad del asegurador a pagar y la obligación del tomador a reembolsar el importe de la indemnización satisfecha por aquél al asegurado sin necesidad de que se exija la acreditación del incumplimiento de la obligación garantizada.

La Doctrina mercantilista, ante esta posible conclusión, manifiesta su preocupación y llega a calificar la posibilidad del pago sin necesidad de verificar la procedencia de la reclamación de “abusiva” –profesor FONT RIBAS– o “espeluznante” –profesor GULLÓN BALLESTEROS– puesto que, en su opinión, implica dejar al arbitrio del asegurador la configuración de los seguros individuales de caución emitidos al amparo de la Póliza como garantías abstractas o accesorias, u otorgarle libertad para oponer o no al asegurado las excepciones que estime convenientes.

La preocupación no encuentra, en mi opinión, justificación suficiente por las razones siguientes:

- El Tribunal Supremo conoce y aplica constantemente dichas condiciones contractuales (STS de 16 de febrero de 1983), sin que se haya pronunciado sobre su ilicitud o carácter abusivo.
- La facultad del garante profesional de pagar, previo requerimiento del beneficiario, si a juicio de aquél existe obligación de pago, constituye una práctica bancaria internacional comúnmente aceptada.

Todas las entidades de crédito convienen con sus clientes, en los contratos de contragarantía o “contraaval”, cláusulas del siguiente estilo: “El BANCO satisfará, en su caso, si a su juicio existe obligación para ello, el importe de la obligación afianzada, previo requerimiento del acreedor o beneficiario de las garantías, sin que sea preciso el consentimiento del CLIENTE, quien desde ahora acepta expresamente la procedencia y legitimidad del pago y renuncia expresamente a lo dispuesto en el artículo 1.840 del Código Civil, y de manera particular en relación con los avales prestados por el BANCO a primer requerimiento, que serán satisfechos siempre por el BANCO si a su juicio existe obligación para ello”.

- El carácter abstracto o accesorio de los certificados individuales de seguro de caución vendrá determinado por el contenido del documento de garantía emitido por cuenta y orden expresa del tomador, no por la voluntad unilateral del asegurador, y menos por éste en sede de su ejecución.

El asegurador, en contra de muchas opiniones, no suele ser partidario de la prestación de cauciones "a primer requerimiento", pues no dispone como los Bancos de la posibilidad de compensación ni de contragarantías "líquidas", y la colocación del riesgo en el reaseguro es complicada.

Y en cuanto a la oponibilidad de excepciones al beneficiario, el asegurador, en cuanto garante profesional, ha de conocer y conoce si es posible o no la oposición de acuerdo con el texto de la garantía. Asimismo, valora en la práctica las posibles objeciones que le traslada el tomador, y se opone incluso a la ejecución si la garantía no es independiente o su texto lo permite y si considera que se puede acreditar la improcedencia o el carácter abusivo de la reclamación.

En palabras del profesor CAMACHO, "no cabe duda de que siempre es preferible no pagar, por mucho que después pueda repetirse el pago", a lo que cabría añadir que el asegurador debe prestar al tomador un servicio de calidad, de emisión de garantías y en lo posible también de asesoramiento, y que el pago del importe garantizado contra la voluntad del tomador puede conllevar su pérdida como cliente.

2. El certificado o contrato individual de seguro de caución "a primer requerimiento".

Coincido plenamente con Doctrina y Jurisprudencia en la posibilidad de insertar en las garantías constituidas mediante contrato de seguro de caución las cláusulas "a primer requerimiento" o "a primera demanda" o de configurar el certificado individual de seguro como una verdadera garantía autónoma o independiente. Pero sostengo una vez más que el carácter autónomo de la garantía debe ser valorado exclusivamente desde la "perspectiva propia" de la cláusula "a primer requerimiento" insertada, como reconoce el Supremo (Sentencia de 13 de diciembre de 2000), pues las tres partes en la relación triangular que se establece conocen y consienten su

inclusión: El tomador solicita la emisión de una garantía independiente, el asegurador la presta y el asegurado la acepta.

Pero no comparto, y no insistiré más, que su carácter autónomo resulte de la interpretación del contenido de las condiciones contractuales pactadas por el tomador y el asegurador en la Póliza de seguro.

Los efectos del contrato o certificado individual de seguro con cláusula anexa a "primer requerimiento" o "a primera solicitud" han sido reiterados por nuestro Alto Tribunal (Sentencias 3 de mayo de 1999, 10 de noviembre de 1999, 13 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2001, 29 de abril de 2002, por citar las más recientes) y expuestos con profundidad en esta jornada, por lo que no me detendré mucho. Según el Tribunal Supremo (Sentencia de 13 diciembre de 2000), "desde la óptica de la técnica asegurativa, la cláusula significa que":

- "El siniestro se entiende producido por la simple reclamación de pago del asegurado (beneficiario)".

Técnicamente, sería más correcta la expresión "la obligación de satisfacer la indemnización surgirá por la simple reclamación de pago ..." o "el derecho del asegurado al cobro de la indemnización se devengará por la simple reclamación de pago ...", en lugar de la expresión siniestro, definido por la Ley de Contrato de Seguro como el acaecimiento del "evento cuyo riesgo es objeto de cobertura" (artículo 1 LCS) y, por consiguiente, coincidente con el concepto de incumplimiento de la obligación del tomador.

- "El garante (aseguradora) no puede cuestionar el incumplimiento del tomador; se excluye la discusión sobre la producción del siniestro".

El Tribunal asimila aquí los conceptos "siniestro" e "incumplimiento".

- El asegurador "no puede apoyarse en excepciones derivadas de la relación de valuta".

- "Y no cabe exigir del beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal. Se impone un deber casi automático de pago por parte de la aseguradora ante el simple requerimiento del asegurado, que no precisa acompañarse de justificación alguna, resultando inane la oposición del tomador del seguro pues no se precisa de su conformidad expresa, ni tácita".

La Sala de lo Civil es precisa en cuanto a los efectos reales del seguro de caución a primer requerimiento en el tráfico mercantil y, en particular, en que no puede exigirse al asegurado o beneficiario de la garantía que acredite el incumplimiento de la obligación del tomador del seguro. Pero, cabe preguntarse, ¿ocurre exactamente lo mismo en el ámbito administrativo y, en especial, en la contratación pública?. ¿Qué opina al respecto la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo?.

La Doctrina mercantil apenas ha abordado la cuestión, siendo así que el volumen más importante, con diferencia, de las garantías emitidas por las Compañías de seguro de Caución tienen como destinatarios a las distintas Administraciones Públicas. La trascendencia de esta materia exige que centre en ella mis últimas palabras.

3. El seguro de caución "al primer requerimiento" en el ámbito de la contratación administrativa.

El contrato de seguro es admisible como forma de garantía en todos los ámbitos de actuación de las distintas Administraciones Públicas –estatal, autonómica y local– (Disposición adicional primera LOSSP).

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que tanto las garantías provisionales como definitivas –a constituir por el licitador para responder, en su caso, de la formalización del contrato, y por el adjudicatario o contratista para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, respectivamente– pueden constituirse, entre otras posibles modalidades, mediante "aval" o "contrato de seguro de caución", debiendo entregarse "el certificado del contrato" al órgano de contratación (artículos 35 y 36 LCAP).

La normativa sobre contratación administrativa, al igual que la Ley de Ordenación del seguro, establecen con carácter imperativo que, para que el contrato de seguro de caución pueda servir como forma de garantía, la falta de pago de la prima no puede considerarse como causa extintiva o suspensiva de la obligación indemnizatoria del asegurador en caso de siniestro, y que “el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro” –derivadas de la Póliza de seguro–. Asimismo, disponen que el contrato de seguro de caución “se ajustará al modelo aprobado por orden del Ministerio de Economía”.

El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobó el “modelo de certificado de seguro de caución” (RD 1098/2001, de 12 de octubre, Anexo VI), en cuyo texto se lee literalmente: “El asegurador, asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, en los términos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normas de desarrollo”.

El sector asegurador, por medio de la patronal UNESPA, impugnó la disposición reglamentaria, así como varios artículos del Reglamento de la Caja General de Depósitos [arts. 22 a) y d) y 26.1 a) y c) del RD 161/1997, de 7 de febrero], por entender que se extralimitaban en su cometido de desarrollo, habida cuenta que la Ley no establecía la obligación del asegurador de pagar “al primer requerimiento” de la Administración. En el fondo, subyacía el temor a que la utilización de la cláusula pudiera dar lugar a reclamaciones abusivas.

El Tribunal Supremo, mediante las Sentencias de 30 de marzo y 9 de abril de 1999, ésta última referida al “modelo de certificado de seguro de caución”, declaró la licitud de las normas impugnadas o su conformidad a Derecho, pero con pronunciamientos muy importantes o significativos y trascendentes para las aseguradoras de caución, que procede analizar brevemente.

La representación del Estado sostuvo, y es preciso compartir, que:

- La expresión al primer requerimiento “no se utiliza en el precepto ... de forma “pura y simple”, sino conectada a “los términos establecidos en la Ley”, es decir, puesta en conexión inmediata con el artículo 47.3 de la Ley de Contratos” de 1995.
- “En ningún caso el precepto priva a la entidad aseguradora de su condición de “interesada” en el procedimiento, por cuanto el artículo 47.2 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, determina que el avalista o el asegurador serán considerados parte interesada en los “procedimientos que afecten a la garantía prestada”, en los términos previstos en la Ley 30/92”.
- La precisión de que “el compromiso asumido por el asegurador se realice al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos, determina la necesidad de acudir a los procedimientos administrativos específicos de actuación de este Organismo”.
- Del artículo 26.1.c) del Reglamento de la Caja resulta con “claridad meridiana” que debe acreditarse, entre otros trámites, “la notificación previa al interesado de la intención de formular la solicitud de incautación, a efectos de audiencia”.
- “Resulta, pues, evidente que la audiencia de la entidad aseguradora –que es sin duda “interesada” en estos procedimientos, por disponerlo así según se ha dicho el artículo 47.2 de la Ley de Contratos– se tiene que producir en todo caso (...), ante el órgano administrativo a cuyo favor se constituyó la garantía de cuya ejecución se trata”.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, impecables, es posible afirmar que los contratos de seguro de caución constituidos “a primer requerimiento” en el ámbito de la contratación administrativa no participan plenamente del carácter de garantía autónoma, abstracta o independiente, y que el peligro de su ejecución o incautación abusiva se ve muy mitigado en la práctica.

La Ley de Contratos administrativos establece, en efecto, que el "incumplimiento culpable" del contratista de sus "obligaciones esenciales" constituye causa de resolución del contrato, que la resolución se acordará mediante procedimiento y conllevará la incautación de la garantía, y que el asegurador debe ser considerado como parte interesada en dicho procedimiento a efectos de audiencia [artículos 111 g), 112.1, 113.4 y 46.2 del Texto Refundido; y artículos 31, 84.1 y 2 y 85.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común].

En consecuencia, la Administración o el asegurado está obligado por Ley a incoar e instruir un procedimiento específico encaminado a probar o a acreditar no sólo la realidad del incumplimiento del contratista o del tomador del seguro, sino que el mismo afecta a obligaciones "esenciales" y que el incumplimiento es "culpable" o imputable al contratista.

El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 909 de 21 de julio de 1992 ya advertía que el acuerdo de resolución del contrato por causa imputable al contratista, con las graves consecuencias que ello comporta, "no puede basarse en meros juicios o afirmaciones que no se vean respaldados documentalmente".

Constituye además doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo que la omisión del trámite de audiencia de la entidad aseguradora en el procedimiento administrativo encaminado a acreditar el incumplimiento del contratista (tomador) y a ordenar la ejecución del seguro de caución, constituye causa de nulidad radical del acuerdo de resolución del contrato y, por consiguiente, de la incautación decretada (Sentencias de 6 de febrero de 1988, 14 de marzo de 1989, 14 de mayo de 1991 y 11 de junio de 2002).

La Ley y su interpretación jurisprudencial permiten concluir que las entidades aseguradoras sí pueden exigir al asegurado o beneficiario del contrato de seguro de caución "a primer requerimiento" la acreditación previa del incumplimiento de las obligaciones del tomador del seguro, no sólo en vía administrativa sino también en vía jurisdiccional, en todas sus posibles instancias.

El contrato de seguro de caución con cláusula "a primer requerimiento" no constituye, por tanto, una garantía incondicional, autónoma o absolutamente abstracta en el ámbito de la contratación administrativa.

Muchas gracias.