

EL SEGURO DE CAUCIÓN. ESTUDIO CRÍTICO

El título del presente trabajo es uno de los propuestos por la Fundación MAPFRE Estudios en su convocatoria de trabajos de especialización (Becas Riesgo y Seguro 1991-1992). La referencia en el mismo al término fianza no significa una toma de postura con respecto al tema, si bien la consideramos como la más apropiada para manifestar la problemática del seguro de caución.

La edición de esta obra ha sido financiada con la ayuda de MAPFRE Caución y Crédito.

«Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.»

© 1994, Javier Camacho de los Ríos.
© 1994, Fundación MAPFRE Estudios.
© 1994, Editorial MAPFRE, S. A.

Editorial MAPFRE, S. A.
Paseo de Recoletos, 25 - 28004 MADRID

Depósito Legal: M. 19.066/1994
ISBN: 84-7100-968-4

Impreso en Fernández Ciudad, S. L.

EL SEGURO DE CAUCIÓN. ESTUDIO CRÍTICO

AGRADECIMIENTOS

Agradecimientos especiales son de ordenar a la Universidad de Granada, que ha permitido la realización de este trabajo en sus instalaciones y con su apoyo; al Dr. D. José Luis Martínez Maldonado, Director del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada, por su orientación y apoyo; a la Dra. Dña. María del Pilar Gómez Sánchez, por su amabilidad y apoyo.

JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada

FONDO DONADO POR D. JULIO CASTELO



EDITORIAL

MAPFRE

AGRADECIMIENTOS

A mi Director, Don Luis de Angulo Rodríguez, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada por su constante atención; a Don Miguel Ángel Martínez Martínez, Presidente de la Fundación MAPFRE Estudios, por haber hecho posible la realización de este trabajo; a Don Carlos Hoyos Elizalde, Director General de MAPFRE Caución y Crédito, por su interés e inapreciable ayuda; a la Prof. Dra. Yvette Merchiers, por su apoyo durante mi estancia en la Universidad de Gante, de cuyo Departamento de Derecho de los Seguros es Directora; al Prof. Dr. Simón Fredericq, Prof. Emérito de la Universidad de Gante y Presidente de Honor de la AIDA; al Prof. Dr. Marcel Fontaine, por la ayuda y la atención prestada durante mi estancia en la Universidad de Lovaina La Nueva; al Dr. Jean Bastin, Presidente de Les Assurances du Crédit, por su interés y consejo; al Prof. Dr. D. José Luis Pérez-Serrabona González, Profesor y Secretario del Departamento de la Universidad de Granada, por sus sabios consejos; al servicio de documentación de la Fundación MAPFRE Estudios; al Prof. Dr. Claassens, Director de la Biblioteca ABB-Assurances de Leuven.

A María Rosa

Índice

A) Muestra de la evolución del concepto de seguro de caución	Página
a) El seguro de caución como seguro de daños	13
b) El seguro de caución como seguro a favor de tercero	15
C) Otras teorías acerca de la naturaleza jurídica del seguro de caución	17
a) Teoría del seguro directo	18
b) Teoría de la ejecución de la obligación	20
c) Teoría del seguro en compido o de cumplimiento	22
d) Teoría de la ejecución de la obligación	24
e) Teoría de la ejecución de la obligación	26
f) Teoría de la ejecución de la obligación	28
Abreviaturas.....	XV
Presentación.....	XVII
Préface	XXI
Introducción	XXIII

PARTE PRIMERA

CAPÍTULO PRIMERO

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SEGURO DE CAUCIÓN	3
A) Introducción.....	3
B) Primeros antecedentes	4
C) Antecedentes modernos	5
a) Star del credere. Crítica.....	6
b) El seguro subsidiario	7
D) Los primeros teóricos	8
E) Los primeros aseguradores.....	9
F) Reconocimiento legislativo	13

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTO Y ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL SEGURO DE CAUCIÓN.	15
A) Concepto.....	15
B) Encuadramiento sistemático	17
a) El seguro de caución como seguro de daños	18
b) El seguro de caución como seguro sobre riesgos jurídicos	19

	Página
c) El seguro de caución como seguro por cuenta ajena	19
d) Seguro de caución y seguro de crédito.....	20
CAPÍTULO TERCERO	
CAMPO DE APLICACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN	23
A) El seguro de caución en cumplimiento de obligaciones contractuales	25
a) Garantía de oferta o licitación	26
b) Garantía de ejecución de contratos.....	28
c) Garantía de mantenimiento o calidad.....	30
d) Garantía de cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda	31
e) Garantía de alquiler	33
B) El seguro de caución en cumplimiento de obligaciones legales	34
a) Garantía de obligaciones aduaneras	34
C) Garantías financieras.....	35
CAPÍTULO CUARTO	
LA DOCUMENTACIÓN EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.....	37
A) La solicitud y la proposición de seguro en el seguro de caución	37
B) La póliza de seguro de caución	39
C) Los llamados avales	40
a) Función de los «avales».....	42
b) La doctrina del Tribunal Supremo.....	43
c) Reflexiones en torno a la denominación de aval	44
PARTE SEGUNDA	
CAPÍTULO QUINTO	
FUNCIÓN CAUCIONAL DEL SEGURO DE CAUCIÓN. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA POR EL ASEGUADOR.....	49
A) Función caucional del seguro de caución.....	49
B) Naturaleza de la obligación asumida por el asegurador	52
a) Carácter indemnizatorio	54
b) Falta de accesорiedad	59
c) No subsidiariedad	64
d) Onerosidad del seguro de caución	65

Página**CAPÍTULO SEXTO**

SEGURO DE CAUCIÓN Y CONTRATO DE FIANZA	67
A) Modalidades del contrato de fianza	68
B) Contrato preparatorio y contrato a favor de terceros	69
a) El seguro de caución como contrato preparatorio o precontrato.....	69
b) El seguro de caución como negocio a favor de terceros.....	71
C) Otras teorías acerca de la naturaleza jurídica del seguro de caución	75
a) Teoría del negocio indirecto	75
b) Teoría del negocio complejo o mixto.....	77
c) Teoría del negocio jurídico atípico.....	78
d) Teoría del aval en sentido amplio	79

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO CONTRATO DE SEGURO	83
A) Necesaria referencia al principio indemnizatorio	84
B) El riesgo	87
a) Delimitación del riesgo.....	88
1. El riesgo es la insolvencia	88
• Teoría del riesgo principal y del riesgo restrictivo.....	89
• Teoría del riesgo de tesorería y del riesgo contencioso	90
2. El riesgo es el incumplimiento.....	93
b) Asegurabilidad.....	95
C) El siniestro. Intervención del tomador en la producción del mismo	99
D) Bilateralidad del seguro de caución. Obligación de pagar la prima .	104
E) La acción de regreso y sus posibles excepciones	107
F) La participación de una empresa aseguradora como elemento determinante en la configuración del contrato de seguro	112

CAPÍTULO OCTAVO

SEGURO DE CAUCIÓN Y CLÁUSULAS A PRIMER REQUERIMIENTO	115
A) Las garantías a primera demanda	115
a) Concepto	116
b) Naturaleza jurídica. La fianza «a demanda»	117
c) Admisibilidad de las garantías independientes	120
d) La calificación de la garantía independiente. Criterios de interpretación	124

	Página
e) Eficacia de la garantía «a primera demanda». Utilización abusiva.....	128
B) El seguro de caución y cláusulas «a primer requerimiento»	133
a) Interpretación en el ámbito asegurativo de las cláusulas «a primer requerimiento»	134
b) El seguro de caución como posible vía para la constitución de una garantía independiente	140
CONCLUSIONES FINALES.....	143
 ANEXOS	
ANEXO 1	145
SOLICITUD DE SEGURO DE AFIANZAMIENTO DE CANTIDADES ANTICIPADAS PARA LA COMPRA DE VIVIENDAS	149
ANEXO 2	151
CONDICIONES ESPECIALES PARA PÓLIZAS DE AFIANZAMIENTO DE CANTIDADES ANTICIPADAS PARA VIVIENDAS	151
ANEXO 3	153
CONDICIONES GENERALES	155
ANEXO 4	157
CONDICIONES GENERALES	159
ANEXO 5	161
AVAL «A PRIMER REQUERIMIENTO».....	165
ANEXO 6	167
PÓLIZA DE SEGURO EN GARANTÍA DE EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE OBRA O SUMINISTRO	167
SENTENCIAS RESEÑADAS	175
BIBLIOGRAFÍA	177

Abreviaturas

- ADC:** *Anuario de Derecho Civil*
- AIDA:** *Association Internationale de Droit des Assurances*
- BBTC:** *Banca, Borsa e Titoli di Credito*
- CC:** *Código Civil*
- C.co:** *Código de Comercio*
- CCI:** *Cámara de Comercio Internacional*
- CCJC:** *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*
- CE.DI.B.:** *Centro Studi di Diritto e Legislazione Bancaria*
- Dir.e prat.nell'ass.:** *Diritto e Pratica nell'Assicurazione*
- Foro pad.:** *Foro Padova*
- Foro it.:** *Il Foro Italiano*
- Giur.it.:** *La Giuriprudenza Italiana*
- I.C.I.A.:** *International Credit Insurance Association*
- J.T.:** *Journal des Tribunaux*
- LCE:** *Ley de Contratos del Estado*
- LCS:** *Ley de Contrato de Seguro*
- LOSP:** *Ley de Ordenación del Seguro Privado*
- Mass. Giust. Civ.:** *Massimario Giustizia Civile*
- Nuova riv.dir.comm.:** *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*
- Nuova giur.civ.comm.:** *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*
- RCDI:** *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

- RDBB:** *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*

RDM: *Revista de Derecho Mercantil*

RDP: *Revista de Derecho Privado*

RES: *Revista Española de Seguros*

Rev.gén.ass.et resp.: *Revue Générale des Assurances et Responsabilité*

Rev.jur.com.: *Revue de Jurisprudence Commerciale*

Rev.trim.dr.com.: *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Économique*

RGAT: *Revue Général des Assurances Terrestres*

RDFHPE: *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública Española*

RJC: *Revista Jurídica de Cataluña*

RJN: *Revista Jurídica del Notariado*

Riv.crit.dir.priv.: *Rivista Critica del Diritto Privato*

Riv. Política económica: *Rivista di Politica Economica*

Riv.dir.civ.: *Rivista del Diritto Civile*

Riv.dir.comm.: *Rivista del Diritto Commerciale*

Riv.pol.ec.: *Rivista di Politica Economica*

Riv.trim.dir.e proc.civ.: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*

S.A.A.: Surety Association of America

S.I.C.: Societá Italiana Cauzioni

U.L.B.: Universidad Libre de Bruselas

U.P.A.C.: Unión Profesional de Aseguradores de Caución

Presentación

Estas breves líneas no constituyen el prólogo de la obra del Doctor JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS, de lo que me ha eximido el Profesor FREDERICQ con la alta autoridad de su prestigio internacional en el campo del Derecho de seguros. Simplemente tratan de presentar la personalidad y el trabajo desarrollado por su autor, que son los que en feliz conjunción la han dado a la luz. La conciencia de que la labor de Director de este estudio, en su inicial versión de tesis doctoral, en lo esencial se ha limitado a servir de guía y estimular su conclusión, me legitima para destacar con mayor libertad la oportunidad del tema elegido y de la forma en que se ha desarrollado.

Estas breves líneas no constituyen el prólogo de la obra del Doctor JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS, de lo que me ha eximido el Profesor FREDERICQ con la alta autoridad de su prestigio internacional en el campo del Derecho de seguros. Simplemente tratan de presentar la personalidad y el trabajo desarrollado por su autor, que son los que en feliz conjunción la han dado a la luz. La conciencia de que la labor de Director de este estudio, en su inicial versión de tesis doctoral, en lo esencial se ha limitado a servir de guía y estimular su conclusión, me legitima para destacar con mayor libertad la oportunidad del tema elegido y de la forma en que se ha desarrollado.

JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS, de arraigada familia jurídica granadina, de carácter despierto, extrovertido y agudo, ha sabido substraerse de la natural influencia familiar para acercarse al Derecho Mercantil, conocer la realidad práctica del seguro y ampliar sus estudios en Bélgica, donde ha tenido la oportunidad de trabajar con el Profesor SIMON FREDERICQ, Emérito de la Universidad de Gante, Presidente que fue y hoy es de Honor de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, con la profesora YVETTE MERCHIERS, actual Decana de la Universidad de Gante, con el profesor MARCEL FONTAINE, de la Universidad de Lovaina La Nueva, y con el Doctor JEAN BASTIN, Presidente de Les Assurances du Crédit de Namur, así como de disfrutar de acceso a la enviable Biblioteca ABB-Assurances de Leuven.

Para llevar a buen término el trabajo que ahora publica, ha contado con la inapreciable ayuda de la Fundación MAPFRE Estudios, que tanto viene haciendo por el desarrollo del Derecho de seguros y de la técnica aseguradora en general, brindándole además la posibilidad de conocer directa y prácticamente la operatoria del seguro de caución a través de MAPFRE Caución y Crédito y de su Director General, don CARLOS HOYOS ELIZALDE, e incluso de asistir a la XII Asamblea General de la Asociación Panamericana de Fianzas.

Fruto de todo ello ha sido el excelente trabajo que ahora se edita, en cuya primera presentación como tesis doctoral, ante un tribunal formado por los profesores

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, LUIS JAVIER CORTÉS DOMÍNGUEZ, IGNACIO LOJENDIO OSBORNE y JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, ya tuvo el éxito que supone que su autor alcancase el grado de Doctor con calificación de *cum laude* por unanimidad.

Y es que la oportunidad del tema del estudio del Doctor CAMACHO DE LOS RÍOS resulta especialmente oportuno en un momento en el que los operadores económicos, a la hora de conceder crédito, aplazar obligaciones o aceptar compromisos futuros, parecen desplazar el centro de su preocupación desde la tradicional solvencia entendida como titularidad de bienes en cuantía superior a los compromisos asumidos, hacia la «solvibilidad», entendida como capacidad para generar la liquidez suficiente con la que atender a esos compromisos, de modo que hoy los análisis de las garantías no se hacen sólo ni tanto examinando el valor de los bienes del sujeto, cuanto su capacidad de pago.

Para ese fin se acude, además de a las habituales formas civiles y mercantiles de garantías reales, con afición al cumplimiento de una obligación de determinados bienes o derechos, a los que ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU denominaban supuestos de responsabilidad personal por débito ajeno cumulativa o de refuerzo, con una serie de figuras más o menos usuales, típicas o atípicas, que vienen a reforzar la posición del acreedor al añadir a la responsabilidad personal e ilimitada de su deudor la responsabilidad también personal de otro u otros sujetos.

Con los precedentes del Derecho romano de fórmulas de fianza personal, como la *sponsio*, la *fideipromissio* o la *fideussio*, e incluso mecanismos más complejos como las fórmulas del *constitutum debiti alieni*, el *mandatum pecuniae credendae* o la *intercessio*, nuestro legislador solamente ha tipificado algunas figuras de garantía personal, como son la fianza y su modalidad mercantil, el aval cambiario, el seguro de caución y el seguro de crédito. Luego, la práctica, la doctrina y la jurisprudencia han configurado otras muchas y heterogéneas formas de garantía personal atípicas, algunas incluso clasificables, al ser mencionadas con nombre determinado en ciertas disposiciones legales, aunque carezcan de un régimen normativo propio (el mandato de crédito, la adhesión de deuda, la asunción de cumplimiento, la promesa del hecho de un tercero, el aval en sentido amplio, las garantías «a primera demanda», las garantías *omnibus*, algunas modalidades de impropias de cartas de patrocinio o *confort letter*, etc.). El estudio de unas y otras ofrece una línea de investigación ciertamente interesante para los juristas actuales.

Y en ese sentido debe encuadrarse el trabajo del Doctor CAMACHO DE LOS RÍOS, que se ha centrado en el seguro de caución, como forma de garantía personal actualmente tipificada por el art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, con naturaleza de contrato de seguro contra daños, aunque con elementos que la aproximan a modalidades de fianza. Pero, al estudiar esta figura típica, ha acometido también el examen de las cláusulas «a primera demanda», que además de constituir formas atípicas de garantía, pueden incorporar a veces a las pólizas de seguros de caución, precisamente para agilizar su funcionamiento, con el propósito de reforzar la garantía uniendo a la solvencia y solvibilidad del asegurador la eficacia de un mecanismo jurídico con el

mayor grado de automatismo. Se produce así una manifestación más de esa «labor de ingeniería del jurista» a la que ASCARELLI se refería y que puede permitir a veces dar satisfacción a la permanente tensión entre la necesidad de crédito como base del tráfico económico y el deseo de evitar o cubrir los riesgos que su concesión genera.

LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Exdirector General de Seguros

Préface

L'ouvrage du professeur CAMACHO DE LOS RÍOS vient à son heure, à un moment où des institutions financières de type différent, principalement les banques et les compagnies d'assurance, émettent des contrats tendant à couvrir les mêmes risques ou prennent des engagements analogues, destinés à rencontrer les demandes nées de la vie moderne des affaires. C'est ainsi que l'on assiste, principalement dans les contrats internationaux, à une multiplication des clauses prévoyant la fourniture de « garanties à première demande » ; celles-ci, qui sont octroyées par des institutions financières de nature différente, se mettent à constituer une branche nouvelle et importante de l'activité des compagnies d'assurance-caution.

Le phénomène de la «bancassurance» est caractéristique pour notre temps. Il s'accompagne d'ambiguités et d'incertitudes juridiques. Spécialement, le sujet qui fait l'objet de l'étude de M. Camacho –l'octroi de garanties par les compagnies d'assurance-caution– pose des problèmes délicats. Or, l'on manque d'études approfondies consacrées à ces nouveautés, qui manque d'études approfondies consacrées à ces nouveautés, qui sont d'une telle importance pratique et pour lesquelles les garanties émises portent généralement sur des montants considérables. C'est dire qu'un ouvrage comme celui de M. Camacho est particulièrement utile.

En étudiant la nature juridique de la garantie émise par une compagnie d'assurance-caution, l'auteur fait œuvre de pionnier, dans une matière où il est particulièrement important d'y voir clair.

L'assurance-caution elle-même est mal connue. Elle est généralement traitée comme une forme de l'assurance-crédit, dont pourtant elle doit être nettement distinguée. Pour pouvoir analyser les caractéristiques et la nature juridique des contrats que peut conclure une compagnie d'assurance-caution, il était nécessaire de décrire cette activité elle-même et d'en dégager les caractéristiques. Le plan de l'étude est donc logique: la première partie est consacrée à l'assurance-caution, la seconde à la nature des obligations de cautionnement que conclut l'assureur exerçant cette branche d'activité. L'étude se fait de la manière classique, celle qui permet le mieux l'analyse approfondie: d'abord un examen historique, puisqu'en indiquant les étapes que parcourt une institution juridique qui va normalement en se diversifiant et en se perfectionnant, en la voyant vivre, il est possible de distinguer les différents éléments qui s'ajoutent l'un à l'autre, et donc de mieux l'analyser; puis l'étude du droit national, en jurisprudence et en doctrine, qui constitue évidemment l'élément le

plus important d'une étude juridique; enfin, la comparaison avec les solutions du droit comparé, qui attire l'attention sur d'autres points forts, et peut aboutir à remettre en cause les conclusions auxquelles l'on arrive par une analyse du seul droit national.

La notion d'assurance-caution est étudiée de manière approfondie, suivant la méthode indiquée ci-dessus: M. Camacho la replace d'abord dans son contexte historique, puis examine les différentes opérations auxquelles l'assureur-caution procède actuellement, analysant les polices et examinant la jurisprudence.

Après ce tour d'horizon, l'auteur en vient, dans la seconde partie, à l'examen de la nature juridique des opération d'assurance? Ceci nécessite un examen de la notion controversée d'assurance elle-même, qui a donné lieu à tant de difficultés, puisque une même opération constitue dans certains cas une opération d'assurance, et non dans d'autres. Peut-on dire par exemple, dans la matière qui fait l'objet de la thèse de M. Camacho, que la fourniture d'une caution sera ou ne sera pas une opération d'assurance suivant qu'elle est fournie par un assureur-caution ou par une banque? Comment faire une distinction, si les obligations prises par l'établissement de crédit sont les mêmes?

M. Camacho a donc été amené à étudier ce qui caractérise l'assurance en général, puis il applique les critères qu'il a dégagés à l'assurance caution et au contrat de garantie, analysant chaque fois de manière critique leurs caractéristiques et les confrontant avec les théories défendues par les auteurs modernes qui se sont efforcés de définir l'assurance.

Ses conclusions rejoignent celles des auteurs les plus récents, qui mettent l'accent sur le caractère décisif de l'intervention d'un assureur professionnel. Nous croyons que cette analyse est exacte.

S'il y a contrat d'assurance, les règles légales qui le régissent devraient pouvoir s'appliquer. L'auteur les examine, mettant tout d'abord l'accent sur le principe indemnitaire, dont on pourrait se demander s'il vaut dans les cautions à caractère personnel, puis sur les notions de risque et de sinistre, et sur le problème du recours subrogatoire de l'assureur. Dans toute cette partie on du recurs subrogatoire de l'assureur. Dans toute cette partie on est impressionné par l'imagination dont fait montre l'auteur et par la rigueur de son raisonnement. Les développements se suivent suivant un ordre logique et ils sont convaincants.

Dans le dernier chapitre de cette deuxième partie, le plus fourni de l'ouvrage eu égard à l'intérêt de la matière, l'auteur se penche sur le cas particulier de la garantie à première demande, si importante dans la pratique. Il démontre pourquoi la théorie qu'il a dégagée s'applique parfaitement à ce cas particulier.

L'on retrouve donc dans tout l'ouvrage une ligne directrice, et un raisonnement logique, qui aboutissent à des conclusions motivées et convaincantes, dans une matière peu connue et dans laquelle bien souvent la doctrine tâtonne encore. En conséquence, nous croyons que l'étude de M. Camacho de los Ríos constitue une contribution importante au droit de l'assurance en matière d'assurance-caution.

S. FREDERICQ
Prof. Ém. à l'Université de Gand
Président d'Honneur de l'Association Internationale
de Droit des Assurances (AIDA)

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de una serie de cuestiones surgidas con motivo del estudio del seguro de caución. Nuestra intención ha sido, fundamentalmente, poner de manifiesto las principales posiciones doctrinales en torno a cada uno de los problemas suscitados, los fundamentos en que se basan dichas líneas de opinión, así como los aspectos en los que, a nuestro parecer, tales planteamientos quiebran.

Con ello se ha pretendido, no sólo dar solución a cuestiones tan complejas como la determinación de la naturaleza jurídica de la garantía emitida por un asegurador, la naturaleza contractual del propio seguro de caución o la interpretación de las cláusulas «a primer requerimiento», sino también, y tomando como punto de partida el derecho y jurisprudencia españoles así como las respuestas que estos interrogantes han ofrecido en Derecho comparado, sentar las bases que puedan llevarnos a una mayor comprensión de estos problemas.

No obstante, hay algo que se ha venido haciendo patente a lo largo del trabajo: la importante transformación que se está produciendo en el ámbito asegurativo, no sólo por la evidente y necesaria revisión del principio indemnizatorio –tendencia que se había iniciado ya en relación a los seguros de vida–, sino por la cada vez mayor participación de las compañías aseguradoras en un campo, como es el de las garantías personales, en el que están en concurrencia con otros profesionales, especialmente bancos, configurando un estatus empresarial nuevo al que la doctrina denomina «bancassurance».

Tal inserción es especialmente compleja debido, sobre todo, a innovaciones que se están produciendo en materia de garantías personales. Baste como ejemplo la aparición de las denominadas garantías independientes, poco conocidas todavía en nuestro Derecho y, conectada con ellas, el ya mencionado problema de las cláusulas «a primer requerimiento».

Para terminar, queremos hacer un breve bosquejo de lo que ha sido el esquema de elaboración este trabajo. Dado el amplio abanico de posibilidades que ofrece el

seguro de caución, nos ha parecido oportuno estructurar nuestro estudio en dos grandes apartados. En el primero, que podríamos considerar como «descriptivo», se incluye, en primer lugar, una introducción histórica al seguro que nos ocupa –imprescindible para comprender cómo se aparta de los esquemas asegurativos clásicos–; en segundo lugar, una primera aproximación al seguro de caución a través del análisis del concepto y encuadramiento sistemático del mismo; en tercer lugar, una exposición de las más frecuentes prácticas de seguro de caución; y, por último, una referencia a la documentación que acompaña a la póliza. El segundo apartado –al que podríamos calificar como «crítico»–, aun cuando se divide en cuatro capítulos, hace referencia, fundamentalmente, a dos cuestiones: por un lado, la concreción de la naturaleza jurídica del seguro de caución, tanto desde el punto de vista obligacional (Cap. V), como puramente contractual (Caps. VI y VII); por otro lado, la interpretación que haya de darse a las cláusulas «a primer requerimiento» y, conectado con ello, la determinación de si el seguro de caución puede ser la vía para la constitución de una garantía independiente (Cap. VIII).

En el desarrollo de este trabajo, hemos procurado no perder de vista la necesidad de establecer una adecuada distinción entre el seguro de caución y la fianza, ya que, aunque ambos instrumentos tienen su origen en la antigüedad, su evolución ha sido muy distinta. La fianza es un instrumento que, en su forma más sencilla, es la garantía que el deudor da al acreedor para que éste no le demande la ejecución de la obligación que ha contraído, y que se extiende a la ejecución de la obligación en caso de incumplimiento.

El seguro de caución, en cambio, es un instrumento que nació en el siglo XIX, y que se ha desarrollado en el siglo XX, en virtud de la necesidad de establecer una garantía que no sea la fianza, ya que la fianza no cumple con las necesidades de la actualidad. La fianza es un instrumento que nació en el siglo XIX, y que se ha desarrollado en el siglo XX, en virtud de la necesidad de establecer una garantía que no sea la fianza, ya que la fianza no cumple con las necesidades de la actualidad.

En el desarrollo de este trabajo, hemos procurado no perder de vista la necesidad de establecer una adecuada distinción entre el seguro de caución y la fianza, ya que, aunque ambos instrumentos tienen su origen en la antigüedad, su evolución ha sido muy distinta. La fianza es un instrumento que, en su forma más sencilla, es la garantía que el deudor da al acreedor para que éste no le demande la ejecución de la obligación que ha contraído, y que se extiende a la ejecución de la obligación en caso de incumplimiento.

En el desarrollo de este trabajo, hemos procurado no perder de vista la necesidad de establecer una adecuada distinción entre el seguro de caución y la fianza, ya que, aunque ambos instrumentos tienen su origen en la antigüedad, su evolución ha sido muy distinta. La fianza es un instrumento que, en su forma más sencilla, es la garantía que el deudor da al acreedor para que éste no le demande la ejecución de la obligación que ha contraído, y que se extiende a la ejecución de la obligación en caso de incumplimiento.

En el desarrollo de este trabajo, hemos procurado no perder de vista la necesidad de establecer una adecuada distinción entre el seguro de caución y la fianza, ya que, aunque ambos instrumentos tienen su origen en la antigüedad, su evolución ha sido muy distinta. La fianza es un instrumento que, en su forma más sencilla, es la garantía que el deudor da al acreedor para que éste no le demande la ejecución de la obligación que ha contraido, y que se extiende a la ejecución de la obligación en caso de incumplimiento.

PARTE PRIMERA

Capítulos primero-cuarto

CAPÍTULO PRIMERO

Origen y evolución histórica del seguro de caución

pondría del pago de la deuda de forma personal, e independientemente de la ejecución garantizada. Bajo esta perspectiva, nos encontramos a «toda clase de especie de caución bancaria». Esta forma de garantía se nos encuadra dentro de un antecedente claro: el seguro de caución, en la medida en que es una evidencia de la existencia y la validez de su solvencia.

A) Introducción

Tradicionalmente, el seguro de caución se ha venido asociando al de crédito, configurándose aquél como una especie de éste. En este sentido, la doctrina es unánime¹ al considerar que constituyen ambos lo que se ha denominado «seguro de créditos»².

Sin embargo, a nuestro entender, y atendiendo al riesgo que cubren así como a su operatividad, son seguros bien distintos, ya que el seguro de crédito cubre el riesgo de insolvencia, mientras que el de caución cubre el riesgo de incumplimiento. No obstante, ambos tienen idéntico objeto asegurado: un derecho de crédito. Ello ha permitido, como indica TIRADO SUÁREZ³, una construcción doctrinal común.

¹ En la doctrina española: GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, pp. 323 y 350; OLIVENCIA, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 874; TIRADO SUÁREZ, en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, Madrid, 1985, Tomo XXIV, vol. 2.^a, p. 417; ID, «El seguro de crédito en el ordenamiento español», apéndice al libro de BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 678; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.^a ed., Barcelona, 1990, vol. 2.^a, pp. 566-567; DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho Español de Seguros*, Madrid, 1974, p. 811.

² En la doctrina belga: BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, Paris, 1991, p. 218; WETS, «La nature juridique de l'assurance-caution», en *Bulletin des Assurances*, 1954, p. 362.

³ En la doctrina italiana: LA TORRE, «Rassegna di Dottrina e Giurisprudenza sulla c.d. polizza fideiussoria», en *Scritti di Diritto Assicurativo*, Milano, 1979, p. 106; SALEM, *L'assicurazione del credito. Polizze fideiussorie. Cauzioni*, Milano, 1959, pp. 71 y ss.; MUNGARI, «Allocuzione introduttiva alla cauzione», en *Actas del congreso Sangüineti*, Bruxelles, 1990.

En la doctrina alemana: GREULICH, *Die Kreditversicherung* (traducción al italiano realizada por la oficina de estudios de la SIC), Milano, 1971, pp. 71 y ss.; HERRMANNSDORFER, *Seguros Privados* (traducción al español de LUENGO y NEUMANN), Madrid, 1933.

² VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, p. 566.

³ *Op. cit.*, 1985, p. 417.

La vinculación del seguro de caución al seguro de crédito tiene, además, un fundamento histórico, en la medida en que el primero nace en el seno de las compañías de crédito, siendo muy reciente el desarrollo de compañías de seguro de caución especializadas y desligadas del ramo de crédito en sentido estricto.

Para el estudio del origen del seguro de caución se hace necesaria, pues, la descripción del desarrollo histórico del seguro de crédito –al que está tan íntimamente ligado–, a efectos de determinar el momento en que el tipo caución se convierte en una figura autónoma, bien por vía de la práctica aseguradora, bien por vía del reconocimiento legislativo.

B) Primeros antecedentes

Aún cuando en los textos bíblicos existen referencias a actos o negocios semejantes a estos seguros, la primera forma jurídica que tiene una verdadera conexión con el seguro de crédito, y por ende con el de caución, ha de buscarse en el Derecho romano. Es en el ámbito de las garantías y, en particular, en el de las garantías personales, donde se encuentran figuras como *promissio*, *adpromissio*, *cautio*, *satisfatio*, *sponsio*, *manus injectio*, o la *nuncupatio*, que algunos autores han identificado con el seguro que nos ocupa⁴; en nuestra opinión, es, sin embargo, en el marco jurídico de la *fiducia*, y más concretamente en la *fideiussio indemnitas*⁵ –junto con alguna de las formas de los *receptum argentarium*–, donde puede encontrarse una forma semejante al seguro de crédito más consolidada.

Por otra parte, y al igual que otras formas de seguro, ha sido, en ocasiones, relacionado con el comercio marítimo. Según CAPELLE⁶, tuvo que ser una forma de garantía personal utilizada con ocasión de la *pecunia triaeticia*. Para DE JUAN⁷, la *fideiussio indemnitas*, junto con el préstamos a la gruesa y el contenido de las leyes Rodhias, constituye un claro exponente de la antigüedad de la práctica aseguradora. En el mismo sentido, entiende DENIS-LITON⁸ que puede verse en el préstamo a la gruesa una forma de seguro de crédito. En apoyo de esta posibilidad hay que mencionar el hecho de que –como veremos– las primeras compañías de seguros de crédito

⁴ Vide PERDIKAS, «Lineamenti di una teoria sulla storia e sul concetto del contratto di assicurazione», en *Assicurazioni*, 1973, p. 282; con respecto a la figura del *adpromissor*, vide CABANZO, *El seguro de cumplimiento*, Buenos Aires, 1991, p.17; sobre la *manus injectio*, vide COMARRIVA, *Tratado de las cauciones*, Santiago de Chile, p. 24; acerca de la *nuncupatio*, vide BELLOCI, *La struttura della fiducia*, Siena, 1971, p. 10; con respecto a la *sponsio*, vide LENEL, *Sponsio, fideipromissio, fideiussio*, Berlin, 1907, pp. 19 y ss.

⁵ Vide, GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 372.

⁶ CAPELLE, *Du pret à la grasse et du pret à aleatorie*, These doc, Paris, 1981, pp. 54-55. Puede también consultarse CASTRESANA HERRERO, *El préstamo marítimo griego y la pecunia triaeticia romana*, Salamanca, 1982, pp. 15 y ss.

⁷ DE JUAN RODRÍGUEZ, *Política de seguros*, Madrid, 1950, p. 27.

⁸ DENIS-LITON, *L'assurance-crédit en droit interne*, Thèse doc., Paris, 1938, p. 2.

to fueron compañías de seguro marítimo que garantizaban los impagos que se producían como consecuencia de los naufragios.

Si bien la *fideiussio indemnitas* aparece claramente como un antecedente de los seguros de crédito –al responder el *fideiussor* de la insolvencia del deudor principal–, es en los *receptum argentarii* –figura de Derecho bancario romano, consistente en la promesa formal de un banquero de pagar una deuda ajena– donde encontramos con una forma jurídica más próxima al seguro de caución. En efecto, algunos tipos de *receptum argentarii* no tenían tan sólo la función de facilitar pagos⁹, sino que desarrollaban, además, una función de garantía; así, bajo ciertas fórmulas, el banquero respondía del pago de la deuda de forma personal, e independientemente de la obligación garantizada. Bajo esta perspectiva, nos encontramos, a todas luces, con una especie de **caución bancaria**. Esta forma de garantía se nos antoja, por tanto, como un antecedente claro del seguro de caución, en la medida en que cubre el incumplimiento del deudor con independencia de su solvencia.

Junto a estas formas de garantía personal, aparece también –en algunos papiros del Egipto greco-romano– la fórmula *υποθηκή*, cláusula que, al ser incluida en determinados contratos, implicaba el quedar obligado por otro, esto es, el responder prestando «caución» del comportamiento de otro¹⁰.

C) Antecedentes modernos

Aun cuando hay autores que entienden que la práctica del seguro de crédito es muy antigua –así, COCITO¹¹, BERGEREN y HERMANN DE BAETS¹², entre otros¹³, mencionan, como ya venía recogido en el tratado de STRACCA¹⁴, en su número 49: «*ego autem post assecurationem factam, dubitas titum non esse solvendum, et sic in bonis non habere, valorem merci mearum aut pecunia assecuratas, super hoc ab alio me assecurati feci; nunc haec secunda valebit assecuratio. et valebit dicendum est*»–, un amplio sector doctrinal¹⁵, al que nos adherimos, considera que el origen de este seguro es relativamente

⁹ ROSELLO, «Receptum argentariorum», en *Archivo Giurídico*, 45, 1890, p. 276.

¹⁰ Vide CANTARELLA, *La fideiussione reciproca*, Milano, 1965, p. 16.

¹¹ COCITO, *Le assicurazione terrestri danni e vita*, Torino, 1904, p. 92.

¹² BERGEREN y HERMANN DE BAETS, *Traité des assurances terrestres*, Gant, 1880, p. 171.

¹³ Para COLOMBO (*L'assicurazione commerciale*, Genova, 1924, pp. 3-5) fue el seguro de crédito la primera manifestación del contrato de seguro terrestre; BASTIN, («Les assurances de l'entreprise», en *Actes du colloque tenu à l'U.L.B.*, 20 y 21 Octubre 1988, p. 284), considera, por su parte, que «garantizar profesionalmente los créditos de terceros» es una actividad económica muy antigua. No obstante, y a pesar de la dificultad de situar el origen y el lugar donde nació, se remite al Antiguo Testamento y al Libro de los Proverbios. Ésta es una idea a la que también hace alusión BAREAU, *Credit insurance*, 2.^a ed., ICI, London, 1961, p. 5.

¹⁴ *Tractatus de assecurationibus mercatorum*, Venetiis, 1584.

¹⁵ En este punto, la mayoría de la doctrina es unánime: vide HERRMANNSDORFER, *op. cit.*, 1933, p. 208; URIA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, 17.^a ed., p. 622; GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 383; DONATI, *Trattato di Diritto delle assicurazioni private*, 1993, 20.^a ed., p. 713, Milano, 1956, tomo III, p. 282; DEL CAÑO ESCUDERO, *op. cit.*, 1974, p. 807.

reciente, ya que las prácticas a las que los citados autores se refieren son muy distintas de lo que modernamente consideramos como seguro de caución y de crédito.

Por ello, se ha tratado de encontrar su antecedente más inmediato en las figuras del *star del credere* y *seguro subsidiario*, siendo este último muy practicado en Francia con el nombre de *reprise d'assurance*.

a) *Star del credere. Crítica*

En virtud del «star del credere», el comisionista que actúa en comisión de venta garantiza al comitente-vendedor el pago aplazado que éste otorga al comprador.

La semejanza con el seguro se basa, en primer lugar, en que se asume un riesgo –el impago por parte del comprador– a cambio de una compensación –a la que podríamos denominar prima (precio de la comisión de la garantía)–; y, en segundo lugar, en la existencia de un objeto asegurado: la venta. Esta idea aparece ya en los escritos de SCACCIA¹⁶ y de CASAREGIS¹⁷. Son partidarios de esta teoría COCITO¹⁸, COLOMBO¹⁹, así como los mercantilistas VIDARI, BOISTEL, LYON-CAEN ET RENAULT y ALAUZET²⁰.

No obstante, esta posición ha sido objeto de críticas, críticas que se dirigen no tanto a su negación como antecedente del seguro de crédito, como a su carácter de seguro.

Así, VIVANTE²¹, tras considerar que ambas figuras se asemejan en la forma jurídica, rechaza el carácter asegurativo del «star del credere», ya que, en su opinión, el seguro debe cubrir toda una variedad de riesgos, constituyendo por sí solo una industria independiente; frente a ello, el star del credere sólo responde en los negocios de comisión como pacto accesorio. Así, VIVANTE se refiere a tres elementos que alcanzarán posteriormente una gran importancia a la hora de construir un concepto jurídico unitario de contrato de seguro: por un lado, la mutualidad de riesgos y la ley de los grandes números, –elementos que no existen en la comisión– y, por otro lado, la forma jurídica de empresa de seguros.

A conclusiones semejantes llegan GARRIGUES²² y VICENT CHULIA²³. Para el primero, el «star del credere» no es sino una cláusula especial de garantía. Para el se-

¹⁶ SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio*, Roma, 1618.

¹⁷ CASAREGIS, *Discursus legales de comercio*, Venetiis, 1717.

¹⁸ COCITO, *op. cit.*, 1904, p. 93.

¹⁹ COLOMBO, *op. cit.*, 1924, p. 6.

²⁰ Citados por VIVANTE en *Una nuova teoria dei contratti di assicurazioni*, Roma, 1981, p. 11.

²¹ VIVANTE, *El contrato de seguro, de la prenda, el depósito en los almacenes generales*, Buenos Aires, 1952 (traducción de SENTIS MELENO de la obra *Il codice di commercio commentato*, vol. XIV, Torino, 1953), vol. I, núm. 347.

²² GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1983, tomo II, pp. 114 y ss.

²³ VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, p. 307.

gundo, la diferencia está en la accesoria de la obligación del «star del credere» frente al carácter principal de la obligación en el seguro de crédito.

En nuestra opinión, el «star del credere» nunca ha tenido naturaleza asegurativa y el atender –para su calificación– a la existencia de un riesgo, un objeto garantizado y una contraprestación no es suficiente, ya que estos elementos existen también en otros contratos de garantía. Su calificación como actividad asegurativa es fruto de un concepto deficiente y parco del contrato de seguro. Una definición más rigurosa de dicho contrato no permitiría el encuadramiento del «star del credere» dentro del ámbito asegurativo.

No obstante la falta de carácter asegurativo, no podemos negar que –junto a otras figuras– constituyó en la práctica un antecedente de los seguros sobre créditos, en tanto en cuanto su función económica era idéntica, proteger al acreedor en la satisfacción de sus créditos.

b) *El seguro subsidiario*

La teoría del seguro subsidiario –o «*reprise d'assurance*»– señala que el seguro de crédito, y junto con éste el de caución, nació por causa de la aparente inseguridad de los aseguradores, inseguridad que llevaba a los asegurados a contratar otro seguro en virtud del cual se protegían de la posible insolvencia o incumplimiento de aquéllos.

Esta práctica está recogida en tratados de los siglos XVII y XVIII; así, HEVIA DE BOLAÑOS²⁴ señala: «Después de hecho el seguro entre asegurado, y asegurador, se puede el tal asegurado asegurar con otro asegurador, de que el primero será abonado para el segundo que hizo, y pagará lo tocante a él, donde no, que él lo pagara...». En igual sentido, y en relación con la descripción de esta práctica y su licitud, pueden verse STRACHA²⁵ y SANTERNA²⁶.

La doctrina es unánime en considerar al seguro subsidiario como el antecedente inmediato de los seguros de crédito²⁷, en una época en que los aseguradores eran comerciantes individuales y no dotados de una estructura jurídica fuerte, esto es, sin mecanismos de protección y con un reaseguro de bases técnicas poco desarrolladas.

Cuando los aseguradores adquieren fuerza y surgen las grandes compañías, este seguro no desaparece, sino que será realizado, ya a título profesional, por compañías

²⁴ HEVIA DE BOLAÑOS, *Curia Filipica*, Tomo II, p. 516.

²⁵ STRACHA, *Tractatus duo de assecurationibus et proxeneti atque proxenetecis*, Amstelodami, 1668, p. 49.

²⁶ SANTERNA, *Tractatus perutulitis et quotidianus de assicurationibus et sponsionibus*, Tomo III, 1572, p. 55.

²⁷ DONATI, *Los seguros privados*, Barcelona, 1960, p. 388; del mismo autor, *op. cit.*, 1956, p. 263; GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 383; TIRADO SUÁREZ, *op. cit.*, 1985, p. 451; VIVANTE, *op. cit.*, 1952, p. 405; GENERINI, *Trattato delle assicurazioni e del contratto di prestito a cambio marítimo*, Venezia, 1845, pp. 285 y ss.; FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles, 1960, p. 5; DES-TANNE DE BERNIS, *L'assurance des crédits*, Paris, 1926, p. 73; ANCEY, *Les risques du crédit*, Paris, 1932, p. 12.

especializadas. Es en este momento cuando puede afirmarse que los seguros de crédito nacen en su forma moderna.

El seguro de caución, en ese contexto, aparece todavía ligado al seguro de crédito, constituyendo una subespecie de éste. Figuras como seguro-aval, seguro de fianza, seguro-caución, seguro-protesto, seguro de afianzamiento, seguro de infidelidad, seguro de cumplimiento...²⁸ se incluyen dentro de la tipología «de crédito», y los diferentes contratos son realizados, indistintamente, por compañías sin especializar. Su configuración dependerá, en principio, del riesgo a asumir –insolvencia provisional, insolvencia definitiva, infidelidad, falta de pago, o retraso del mismo...– y de la forma de redacción de la póliza en su clausulado.

D) Los primeros teóricos

La primera teoría, y el primer intento de construir una organización que cubriera los peligros del crédito, fue desarrollada por los profesores WURM y J.G.BÜSCH, quienes propusieron al gobierno prusiano la constitución de un organismo monopolizado para la cobertura de las quiebras (seguro de crédito en sentido estricto) y de los malos pagadores (seguro de caución)²⁹. No existe acuerdo con respecto a la fecha en que esta propuesta fue presentada al ministro de Prusia, Von der Horst. Así, para BASTIN³⁰, fue realizada en 1766, mientras que autores como FONTAINE, DONATI y PIRET, fechan su presentación en el año 1770. Lo que se propugnaba, en concreto, era la constitución de una compañía de carácter estatal que cubriera –en un 50%– el riesgo de los créditos en los seguros que, con carácter obligatorio, deberían realizar todos los comerciantes.

La idea de estos profesores no fue, sin embargo, llevada a cabo. De ahí que se considere al italiano BONAJUTO PARIS SANGUINETTI como el primer teórico del seguro de crédito³¹. Su libro *Essai d'une nouvelle théorie pour appliquer le système des assu-*

²⁸ MAGEE, *Seguros generales*, México, 1947, I, p. 787.

²⁹ Vide HERZFELDER, *Das problem Kreditversicherung*, Leipzig, 1904, p. 67; BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 5, cita también a JACQUES COEUR, quien desarrolló un mecanismo de garantía similar para asegurar el buen fin de las operaciones financieras consecuentes al comercio internacional. También pueden consultarse FONTAINE, *op. cit.*, 1960, p. 6; DONATI, «L'assicurazione del credito», *Riv. trimm. Dir. e proc. civ.*, p. 40; PIRET, en «L'assurance-crédit», *La Belgique Judiciaire*, 1932, núm. 15, p. 451.

³⁰ BASTIN, *op. cit.*, 1980, pp. 5 y 26.

³¹ Vide PIRET, *op. cit.*, 1932, p. 451; BASTIN, *op. cit.*, 1980, p. 5; FONTAINE, *op. cit.*, 1960, núm. 156; BOCCIA, introducción al facsímil del libro de Sanguinetti realizado por el centro de estudios Raffaele Boccia, Roma, 1985; DONATI, *op. cit.*, 1956, p. 286; RONCAGLI, «L'assicurazioni dei crediti nell'economia degli stati», *Riv. di Politica Economica*, Roma, 1963, fasc. XI, p. 1.630; MURATTI, *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del seguro*, Buenos Aires, 1946, p. 43; DE MIRIMONDE, «L'esperienza francese en materia di assicurazioni del credito», *Assicurazioni*, 1940, p. 26; BOUCHET, *La garantie des crédits commerciaux et l'assurance crédit*, Paris, 1925, p. 37; GUTIÉRREZ, *El seguro de crédito*, México, 1954, p. 35.

rances aux dommages des faillites, publicado en Livourne, en 1839³², 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 efectos en cadena.

BASTIN³³ describe la teoría de SANGUINETTI, crear una sociedad mutua bajo la iniciativa de cada Cámara de Comercio, que recaudarán de cada uno de sus miembros una cotización anual para constituir un fondo de garantía propio de cada comerciante. BASTIN considera que, al basar Sanguinetti su teoría en el principio de la mutualidad de los riesgos, en el cálculo de la prima y en el estudio de la intensidad del riesgo en los distintos sectores económicos, puede ser calificado como «el inventor científico de los sistemas que se han desarrollado más tarde con el propósito de proteger a los acreedores contra el fenómeno de las quiebras: el seguro de crédito, el seguro de caución y los fondos de garantía».

Interesantes son, asimismo, los estudios de WATT, que publicó en 1848 *Principles of Insurance Applied to Mercantile Debt*, así como los de los profesores BRABBE, VON LIEBIG³⁴ e INSOLERA. Este último construye, en su estudio «Di una assicurazione di crédito»³⁵, una teoría similar a la de SANGUINETTI.

Por lo que al seguro de caución se refiere, fue el profesor austriaco VON LIEBIG el que instituyó sus bases. Al entender que la forma del seguro de crédito concluida por el deudor era la más adecuada para evaluar el riesgo³⁶, fue el primer teórico que consideró la posibilidad de la suscripción de este seguro por cuenta ajena –lo que hoy es uno de sus presupuestos–. Si analizamos el mecanismo de la garantía propugnado por él –el asegurador expide al deudor un título de garantía (*garantieschein*) que es entregado por éste al acreedor asegurado, en garantía del cumplimiento de la obligación–, es fácil concluir que el esquema propuesto no difiere de la práctica actual del seguro de caución e, incluso, puede considerarse el documento por él descrito como el precedente de los llamados «avales» que, junto con la póliza, expiden actualmente los aseguradores de caución.

E) Los primeros aseguradores

Con independencia de la cobertura de los riesgos del crédito, que, de forma esporádica, realizaron algunas compañías en el siglo XVIII³⁷, y la de los riesgos de infi-

³² La vida y obras de este autor es conocida hoy merced a la labor investigadora del Dr. BASTIN, que a través de la fundación que lleva su nombre, y con ocasión de la clausura del Congreso Sanguinetti, organizado por LES ASSURANCES DU CREDIT y GENERALLI (noviembre, 1989), publicó el estudio Bonajuto Paris Sanguinetti premier theoricien de la protection contre l'insolvabilité, sa biographie, son œuvre, Spy, 1989.

Con respecto al libro de Sanguinetti –nos dice BASTIN–, sólo existe un ejemplar (microfilmado) en la biblioteca de Florencia que fue encontrado por GIUSSANI, en 1982.

³³ Vide su artículo Bonajuto Paris Sanguinetti..., pp. 8 y ss.

³⁴ Vide FONTAINE, *op. cit.*, 1960, núm. 156.

³⁵ INSOLERA, «Di assicurazione di credito», en *Riforma Sociale*, Torino, 1916.

³⁶ Idea que –según PIRET, *op. cit.*, 1932, p. 451– pudo tomar del propio SANGUINETTI.

³⁷ RONCAGLI, *op. cit.*, 1963, p. 1.627.

delidad que –según MAGEE³⁸ surgieron en Inglaterra alrededor de 1720, la primera póliza fue realizada en 1831 por el Banco Adriático di Assicurazione en Trieste³⁹, práctica que fue seguida por la Assurances Generales de Trieste, (actualmente Assicurazioni Generali), en 1837, año en el que –a propuesta de MASINO LEVI, miembro de la Compañía– ésta acepta el extender su cobertura a los riesgos inherentes al crédito. A ellos se sumaría el Banco Illirico en 1839⁴⁰.

La primera póliza, emitida por el Banco Adriatico di Assicurazioni, venía redactada de la siguiente manera:

«Il Banco Adriatico di Assicurazioni, assicura e garantisa in principalità colla rinuncia al benefizio dell'ordine, e dell'escussione al Sig. (...) la somma di fiorini (...) ricevute in contante (...)

In forza di questa garanzia, qualora la suddetta somma non venisse pagata alla scadenza, lo sarà dall'ADRIATICO BANCO verso la cessione formale, e regolare, del titolo creditore e di tutte le preventive cauzioni che già avesse l'assicurato in confronte del debitore.

Incumberà però all'Assicurato sotto pena di nullità della presente, e senza restituzione del premio, di giustificare entro le ore 24 il non seguito pagamento mediante regolare protesto che verrà vidimato dalla Direzione»

Creemos que la redacción de esta póliza influyó en Assurances Générales, cuya póliza –aprobada en octubre de 1837– garantizaba «*in principalità colla rinuncia dell'ordine dell'escussione il pagamento d'un dato credito dell'assicurato, qualora esso non venisse pagato alla scadenza dal debitore, verso cessione formale e regolare del titolo creditore e di tutte le preventive cauzione che già avesse avuto il primo in confronto del secondo. Sotto pena di nullità della stipulata assicurazione e senza restituzione del premio, il creditore doveva giustificare entro le 24 ore il non seguito pagamento mediante regolare protesto»*⁴¹.

Del análisis de las mismas puede concluirse que en ellas se articulaba una operación identificable con el seguro de caución. Así, 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 era efectuado por el asegurador en el mismo momento de la notificación. A efectos del mismo, era irrelevante que el deudor se encontrara o no en un estado de insolvencia que significase la pérdida total del crédito (si así se exigiera nos encontraríamos con

³⁸ MAGEE, *op. cit.*, 1947, p. 781.

³⁹ Vide DONATI, *op. cit.*, 1956, p. 286; BASTIN, *op. cit.*, 1991, quien recoge una copia de la citada póliza; GUTIÉRREZ, *Seguro de crédito y afianzamiento*, Caracas, 1954, p. 35, que a su vez cita a MURATTI, *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del seguro*, Buenos Aires, 1946, p. 43.

⁴⁰ Vide DONATI (*op. cit.*, 1956, p. 286) y BASTIN (*op. cit.*, 1947, p. 57). Este último señala que éstas eran compañías de seguros marítimos, en las que el seguro de crédito constituía un complemento a los riesgos del mar, al cubrir los impagos derivados de dichos riesgos.

⁴¹ Vide *Il centenario delle assicurazioni generali 1831-1931*, editado por la propia compañía con motivo de su primer centenario, Trieste, 1931, p. 170.

un seguro de crédito en sentido estricto). También se incluyen los acuerdos de cesión del crédito al asegurador y la renuncia por parte de éste a los beneficios de excusión y división, acuerdos que, como veremos, son frecuentes en la práctica actual de los seguros de caución.

No obstante, algunos autores han discutido tal opinión, considerando —como ISTCHENKO⁴²— que las primeras operaciones de este seguro realizadas en Europa fueron las llevadas a cabo por SAINT SIMON y PÉREIRE en 1710⁴³. Sin embargo, los datos que nos da ISTCHENKO son muy parcos y carecen de documentación, ya que si bien sitúa su origen en Inglaterra en dicho año, afirma que la primera compañía, The Ocean Guarantee, fue creada en 1870. Por tanto, no es posible que las prácticas de esta compañía sean anteriores a las realizadas por el Banco Adriatico di Assicurazione, que datan de 1831. Nos adherimos, pues, a la primera tesis⁴⁴.

En opinión de RONCAGLI⁴⁵ y MANN⁴⁶, la primera compañía se constituyó en Londres, en el año 1830, con el nombre de The Securities Insurance Company, si bien —y según parece desprenderse de la exposición de los autores— reducida al ámbito del crédito a la exportación. FONTAINE⁴⁷, por su parte, estima que la primera compañía fue la British Commercial Company de 1820, a la que siguieron las francesas: Union du Commerce, fundada en 1845, Ducroire, y la Sécurité Commerciale, en 1846.

En nuestra opinión, ya en las primeros seguros que cubrían los riesgos del crédito pueden encontrarse operaciones referidas tanto al seguro de insolvencia como al seguro de caución. La confusión de estas prácticas —seguro aval, seguro de caución, seguro protesto, seguro de fidelidad o malversación... etc.,— no es sino consecuencia de un concepto poco depurado de lo que constituían estas operaciones —bancarias o asegurativas—, así como de la distinta consideración del siniestro utilizada en la técnica de este seguro: la pérdida del crédito motivada por la insolvencia del deudor, el deterioro del mismo como consecuencia de la falta de pago al vencimiento o el comportamiento fraudulento de un empleado. Pese a todo, consideramos que estas distintas modalidades, en su origen, estaban comprendidas en la práctica del «seguro de crédito».

Así, mientras que en Francia o Italia el asegurador solía pagar la indemnización en el momento en que se producía el impago del deudor, esto es, al vencimiento, en Inglaterra la indemnización sólo tenía lugar si el deudor era declarado insolvente.

⁴² ISTCHENKO, *L'assurance crédit et les banques*, Bruxelles, sine date, p. 29.

⁴³ En el mismo sentido DESTANNE DE BERNIS, *op. cit.*, 1926, p. 33, si bien considera que hasta 1870 no se funda la primera compañía seria. *Vide*, también DONATI, *op. cit.*, 1956, p. 286.

⁴⁴ Siguiendo la opinión de autores como BASTIN y BOCCIA en las obras citadas anteriormente, y de PRATO, PORRI, CARRARA, en *Lo sviluppo dell regime delle assicurazioni in Italia*, Torino, 1928, p. 113.

⁴⁵ RONCAGLI, *op. cit.*, 1963, p. 1.627.

⁴⁶ MANN, «L'assicurazione dei crediti a la esportazione» en *Economia*, 1926, vol. 9, p. 348.

⁴⁷ FONTAINE, *op. cit.*, 1960, p. 6.

Algunos autores⁴⁸ comenzaron a distinguir el seguro de crédito del de caución en atención a la personalidad del contratante y del beneficiario. De este modo, cuando el que contrataba era el deudor en beneficio del acreedor, se realizaba un seguro de caución, si el contratante era el propio acreedor, el seguro se consideraba de crédito en sentido estricto.

Sin embargo, a estas prácticas les faltaba, a veces, un carácter que, en nuestra opinión, es esencial a efectos de individualizar el seguro de caución: su función caucional, esto es, el tener –como fundamento de su constitución– la sustitución de la garantía constituida por un depósito de dinero o títulos.

En cuanto a las primeras compañías que se ocuparon de este tipo de seguros, podemos citar⁴⁹:

INGLATERRA: La British Commercial Insurance Co. (1820), la Securities Insurance Co., la Commercial Casualty Insurance and Indemnity Co. (1844), la Commercial Debt. Insu. Co. (1850), la Commercial Credit Mutual Assur. (1853), la Ocean Accident and Guarantee Co. (1855), la Trade Indemnity Company Limited (1918).

FRANCIA: La Union du Commerce (1845), la Assurance du Crédit de Commerce (1846), la Crédit Commercial (1850), la Securié Commerciale (1850), la Ducroire (1850), la Europe Commerciale (1884), la Lloyd Commercial (1884), la Nationale (1920), la Assurance Française (1923), la Urbaine (1924).

ESTADOS UNIDOS: La United States Credit System Co. (1889), la American Credit Indemnity Co. (1898), la Federal Insurance Co. (1901).

ALEMANIA: La Hanseatische See und Allgemeine Versicherungsgesellschaft (1885), la Globus Versicherung AG (1905) la Hermes Kreditversicherungs Bank (1917), la Allegemeine Kreditversicherung Aktiengesellschaft (1923).

NORUEGA: La Forsikrings Aksjeselskapet Kredit (1915).

DINAMARCA: La Kautionsforsikrings Aktieselskab (1895).

SUIZA: La Fédérale de Zurich (1920).

BÉLGICA: La Compagnie Internationale d'Assurance Commerciale (1909), la Lloyd Commerciale (1910), la Compagnie Belge d'Assurance-Crédit (1929).

HOLANDA: La Nationale Borg Maatschappij (1893), la Nederlansche Cred. Mij. (1925)

ESPAÑA: La Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución (1929).

⁴⁸ Víde los citados por FONTAINE, *op. cit.*, 1960, núm. 157.

⁴⁹ Para más información acerca de las compañías, consultense las obras de los autores citados anteriormente, si bien, advertimos que no hay acuerdo entre ellos en cuanto a la fecha de constitución de las mismas.

ITALIA: La Società Italiana Assicurazioni Crediti (1927), y la Società Italiana Cauzioni (1948).

En la antigua CHECOSLOVAQUIA: La Uverova Pojistovna Age. Spol (1927).

F) Reconocimiento legislativo

Si tenemos en cuenta que «*la reprise d'assurance*» –o «seguro subsidiario»– fue la primera manifestación de los seguros de crédito, puede también considerarse que los repertorios legislativos Guidon de la Mer, Ordenanzas de Sevilla de 1556, Ordenanzas de Burgos, Ordenanza de Colbert de 1681, Ordenanzas de Seguros y Averías de Hamburgo de 1731⁵⁰, Ordenanza Sueca de 1750, Ordenanzas de Bilbao de 1737 –que ya aludían a esta práctica aseguradora– junto con otros de la época, constituyen los primeros reconocimientos legales de nuestra figura⁵¹.

Como antecedente inmediato del seguro de caución, nuestro Código de Comercio de 1829 recoge, en su artículo 852, el seguro subsidiario.

En su sentido actual, la mayoría de la doctrina sitúa su reconocimiento legislativo en el Código de Comercio italiano de 1882⁵², cuyo artículo 440 señala que «Se il creditore ha fatto assicurare la solvibilità del suo debitore, l'assicuratore, prima di pagare la somma assicurata, ha diritto di esigere che il primo debitore sia escusso secondo le disposizioni degli articoli 1908, 1909 e 1910 del codice civile. L'assicuratore che paga la somma assicurata è surrogato nei diritti dell'assicurato verso il debitore, colla riserva indicata nell'articolo 438 in caso di risarcimento parziale»⁵³.

A pesar de ello, este precepto no contribuyó grandemente a la construcción dogmática del seguro de crédito⁵⁴, hasta el punto de que no fue recogido en los códigos posteriores.

⁵⁰ Los aseguradores podrán hacerse asegurar de otros las cantidades que hubieren asegurado, y los asegurados podrán también reasegurarse por otros, así de los premios que pagaron, como de la contingencia de la cobranza de los primeros aseguradores.

⁵¹ *Vide supra*. seguro subsidiario, en especial, DE JUAN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, 1950, p. 63.

⁵² COLOMBO, *op. cit.*, 1924, p. 5; DONATTI, *op. cit.*, 1960, vol. III, p. 285; GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 325.

⁵³ Si el acreedor ha hecho asegurar la solvencia de su deudor, el asegurador, antes de pagar la suma asegurada tiene derecho a exigir que el deudor sea ejecutado conforme a las disposiciones de los artículos 1908, 1909 y 1910 del código civil. El asegurador que paga la suma asegurada se subroga en los derechos del asegurado frente al deudor, con la reserva indicada en el artículo 438 en caso de resarcimiento parcial.

⁵⁴ DONATI, *op. cit.*, 1956, p. 285.

En contra de ello, y en nuestra opinión, fue en Bélgica donde este seguro tuvo su primer reconocimiento legislativo. En concreto, la Ley belga de Contrato de Seguro de 1874 declaraba, en el artículo 6 «Un créancier peut faire assurer la solvabilité de son débiteur; l'assureur pourra se prévaloir du bénéfice de discussion, sauf convention contraire⁵⁵», con lo que se admitía la posibilidad de la práctica de los seguros de crédito.

⁵⁵ Un acreedor podrá asegurar la solvencia de su deudor; el asegurador podrá valerse del beneficio de excusión, salvo pacto en contra.

CAPÍTULO SEGUNDO

Concepto y encuadramiento sistemático del seguro de caución

A) Concepto

Según BROSETA PONT¹ seguros de caución «son los que suelen estipularse para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dineraria, los daños que puede provocar su incumplimiento».

El concepto legal del seguro de caución viene recogido en el artículo 68 de la LCS –único de la sección²–, artículo que no ha estado exento de una cierta polémica en su elaboración parlamentaria.

La primitiva versión del anteproyecto decía textualmente:

«Cuando se haya pactado un seguro de caución, el derecho del asegurado o del beneficiario al cobro de la indemnización surgirá desde el momento en que, llegado el vencimiento del crédito, no se hubiere producido el pago del mismo».

Este texto sería modificado en la segunda versión del anteproyecto, cuyo artículo 65 –que venía a sustituir al anterior artículo 96 del primer anteproyecto–, tras afirmar que el seguro de crédito podía ser de dos clases (seguro de caución y seguro de insolvencia) configuraba al primero de ellos como aquel por el que «el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar los daños patrimoniales sufridos por el asegurado si, llegado el vencimiento de la obli-

¹ BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, p. 573.

² Al respecto ha señalado OLIVENCIA («Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 872) que se trata del único caso de toda la ley en que una sección contiene un solo artículo, con lo que se rompe el criterio estructural y la sistemática de la Ley «consistente en iniciar el tratamiento de cada sección con un artículo dedicado al concepto general del ramo enunciado en su rúbrica, al que siguen otros contenido normas reguladoras específicas del respectivo contrato de seguro».

gación, no se hubiera producido el pago de la misma». Como podemos apreciar, se han producido cambios notables en cuanto a la anterior redacción:

- Se suprime la referencia al beneficiario³.
- Se introduce el inciso «indemnizar los daños patrimoniales sufridos», en un claro intento de salvaguardar el principio indemnizatorio.
- Se sustituye el término crédito por el de obligación.

A este texto, presentó el diputado GIL ALBERT una enmienda (num.9 a la Ley) en la que se proponía, además de la escisión de la sección única en dos secciones independientes (dedicada una al seguro de caución y otra al de crédito, al entender el autor de la enmienda que ambas figuras tenían autonomía suficiente), una nueva redacción del precepto aludido, cuyo contenido sería el siguiente:

«Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado, a título de resarcimiento o penalidad, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato garantizado».

De esta propuesta destaca la alusión a las «obligaciones legales o contractuales del tomador», haciendo así referencia a la posibilidad de que el seguro de caución se constituya en atención a obligaciones de origen tanto legal como contractual, así como la sustitución de la expresión «no se hubiera producido el pago de la misma» por la de «incumplimiento», con la confusión terminológica que ello lleva aparejada⁴.

Efectivamente, el término «incumplimiento» es un término ambiguo, cuya interpretación es distinta según se haga desde la óptica del deudor o del acreedor. Desde el punto de vista del primero, sólo será incumplimiento aquel que le es imputable –excluyéndose, pues, los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor–; desde el punto de vista del acreedor, habrá incumplimiento siempre que, en el momento del vencimiento de la deuda, ésta no se satisfaga, y ello con independencia de las circunstancias o causas que han provocado dicha falta de pago. Esta confusión no tenía lugar en la antigua redacción del precepto, en el que, al decirse textualmente «si llegado el vencimiento de la obligación, no se hubiere producido el cumplimiento de la misma», se optaba claramente por un concepto de incumplimiento favorable al acreedor.

Con ello, en definitiva –y como señala OLIVENCIA⁵– se está dejando a las pólizas «el papel de describir el riesgo de «incumplimiento» y de establecer en qué supuestos ha de considerarse verificado el siniestro».

Asimismo, se introduce el inciso «a título de resarcimiento o penalidad», en el que la doctrina ha querido ver una alusión a la posibilidad de que la indemnización quede fijada de antemano –póliza tasada–. No obstante, tal aclaración resulta, en

³ Que, en opinión de TIRADO SUÁREZ (*Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Tomo XXIV, Madrid, 1985, p. 420), no es sino un cesionario de derecho a la indemnización.

⁴ Vide, al respecto, VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1991, p. 567.

⁵ *Op. cit.*, 1982, p. 877.

cierto modo, innecesaria, ya que —como ha puesto de manifiesto GARRIGUES⁶— toda indemnización es un resarcimiento y la penalidad no deja de ser una forma de indemnización.

Esta propuesta, con algunas modificaciones, constituye el texto definitivo del actual artículo 68, que señala que:

«Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos por la ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro».

De la redacción definitiva, y como innovación con respecto a la propuesta en la enmienda, cabe destacar:

- La referencia concreta al derecho de reembolso concedida al asegurador.
- La adición de la expresión «daños patrimoniales sufridos».
- La supresión de la expresión «garantizada».

Estas dos últimas modificaciones responden, como señala TIRADO SUÁREZ⁷, al deseo de reiterar el encuadramiento del seguro de caución en el seguro de daños, la primera, y al interés en subrayar el contrato de seguro que vincula a tomador y asegurador —dejando a un lado el contrato subyacente entre tomador y asegurado—, la segunda.

El precepto es, como señala la doctrina, parco en palabras, si bien ello está plenamente justificado por la necesidad de dar cabida bajo la figura a la multiplicidad de posibilidades de seguro de caución existentes en la práctica aseguradora.

B) Encuadramiento sistemático

El seguro de caución, que constituye —según la clasificación recogida en la Orden Ministerial de 29 de julio de 1982— un ramo del seguro, es encuadrado por la doctrina, de forma prácticamente unánime, como seguro de daños⁸. Sin embargo, no existe acuerdo en torno a si se trata de un seguro de daños en las cosas o en el patrimonio⁹.

⁶ *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, p. 353.

⁷ *Op. cit.*, 1985, p. 420.

⁸ Así lo entienden, entre otros, BROSETA PONT, *op. cit.*, 1991, p. 532; GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 353; OLIVENCIA, *op. cit.*, 1982, p. 869.

⁹ Por lo que respecta a los seguros de daños en las cosas, la mayoría de la doctrina sigue la clasificación establecida por BRUCK en *Das Privatversicherungsrecht*, Berlin, 1930. Así, *Vide*, DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, Milano, 1956.

En cuanto a la doctrina española, pueden consultarse GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 36; VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, p. 511.

a) *El seguro de caución como seguro de daños*

Como hemos señalado, la doctrina mayoritaria configura al seguro de caución como seguro de daños, lo cual puede también concluirse de su encuadramiento dentro de la LCS. Tal calificación va a llevar aparejadas importantes consecuencias de orden práctico, ya que, en la medida en que los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio, habrá que cuestionarse si también el seguro de caución indemniza un daño (cuestión ésta cuyo estudio reservamos para capítulos posteriores).

Dentro del ámbito de los seguros de daños, discute la doctrina si nos encontramos ante un seguro de daños en las cosas o en el patrimonio, si bien entiende OLIVENCIA¹⁰ que tal precisión es superflua, pues no puede entenderse sino que las cosas forman parte del patrimonio y, en tanto en cuanto se produzca un daño en ellas, éste repercute en aquél. Por ello, en opinión del autor, es preferible la clasificación tripartita propuesta por GARRIGUES¹¹, que, tomando como base el interés asegurado, distingue entre seguros sobre cosas determinadas, sobre derechos determinados y sobre el patrimonio. El seguro de caución pertenecería, entonces, a la segunda de las categorías –seguros sobre derechos determinados¹².

No obstante, señala TIRADO SUÁREZ¹³ que en la doctrina alemana se ha abierto camino una categoría de seguros llamada «de patrimonio», cuya diferencia frente a otros seguros de daños radica «en la peculiar relación entre la suma asegurada y el valor del interés, que impide la existencia de situaciones de infraseguro y de sobreseguro». Es en este campo de los seguros de daños –distintos a los de daños en las cosas y al de lucro cesante– donde, en opinión del autor, se encuadra el seguro de caución. Por su parte, URIA¹⁴ entiende que los ocho tipos de seguros que la LCS regula bajo la denominación genérica de seguros contra daños pueden dividirse en dos apartados: seguros contra daños en las cosas (que incluye a los seguros de incendio, robo y transporte terrestre) y seguros de patrimonio (que incluye a los de lucro cesante, caución, crédito y responsabilidad civil), caracterizándose éstos porque en ellos el interés asegurado no efecta a bienes singulares, sino a todo el patrimonio.

En nuestra opinión, seguros de patrimonio son únicamente los de responsabilidad, en la medida en que se refieren a la deuda surgida como consecuencia del comportamiento de un determinado sujeto, que afecta a su patrimonio completo y no a

¹⁰ *Op. cit.*, 1982, p. 870. En igual sentido, *Vide CABALLERO SÁNCHEZ, Introducción al estudio del seguro privado*, Madrid, 1949, p. 301 (redactado dicho capítulo por HERNANDO DE LARRAMENDI).

Por lo que respecta a la doctrina extranjera, pueden consultarse FERRANINI, «Le interesse nell'assicurazione», en *Saggi in scienze assicurative*, I, Pisa, 1935, p. 109; LAMBERT-FAIRE, *Assurances de entreprises*, Dalloz, París, p. 57; PICARD y BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, vol. II, París, 1945, p. 30.

¹¹ *Op. cit.*, 1983, p. 47.

¹² Además de OLIVENCIA, *op. cit.*, 1982, p. 871, opina en idéntico sentido BROSETA PONT, *op. cit.*, 1991, p. 532.

¹³ *Op. cit.*, 1982, p. 428.

¹⁴ URIA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1993, 20.^a ed., p. 721.

un derecho de crédito concreto. Por tanto, y admitiendo la clasificación propuesta por GARRIGUES, consideramos a los seguros de caución como de daños y, dentro de éstos, como de intereses sobre derechos.

b) *El seguro de caución como seguro sobre riesgos jurídicos*

En opinión de OLIVENCIA¹⁵, y en atención al riesgo cubierto, el seguro de caución puede incluirse en la categoría de los riesgos jurídicos, en contraposición a la de los riesgos naturales y económicos. Y es que, como señala DE ZULIANI¹⁶, el seguro de caución cubre los daños producidos como consecuencia de la inobservancia de obligaciones derivadas de determinadas relaciones jurídicas que comportan un derecho de crédito. Para los aseguradores, existen dos grupos de relaciones jurídicas que –por su contenido económico– son objeto de cobertura y, por lo tanto, forman parte de su actividad aseguradora: un primer grupo está relacionado con operaciones de crédito, (para el autor: intercambio de riqueza en el tiempo) de las que surgen la obligación «primaria» de entregar en un determinado plazo una cantidad de dinero determinada, y un segundo grupo referente a relaciones contractuales en general, de las que surgen obligaciones de hacer o no hacer, y en la que se impone el deber de constituir una caución en garantía de su cumplimiento.

En el primer caso, la obligación se identifica con una cantidad de dinero determinada, el crédito, por lo que se protegerá el daño o deterioro (que no significa sino su pérdida por insolvencia del deudor), lo que se realiza a través del seguro de crédito en sentido estricto, mientras que en el segundo caso, la obligación principal de hacer o no hacer viene acompañada con la obligación de constituir una caución, por lo que se pretende proteger el daño que pudiera sufrir ésta, lo que se realizará por medio del seguro de caución. En ambos casos lo que se protege es un derecho de crédito y ambos son seguros de daños en tanto en cuanto cubren los daños que a éstos les puedan occasionar.

c) *El seguro de caución como seguro por cuenta ajena*

En la justificación de la enmienda presentada por GIL ALBERT se señalaba que:

«En el seguro de caución intervienen tres personas claramente diferenciadas: el asegurador, el tomador del seguro o contratante, que asume todas las obligaciones frente al asegurador y que, además, va a ser eventualmente el factor desencadenante del siniestro, y el asegurado, que es el que tiene derecho a la prestación indemnizatoria del asegurador.

De este seguro se derivan, por tanto, una dualidad de relaciones jurídicas entre el asegurador y el contratante, por un lado (pago de la prima, obligación de reembolso en caso de siniestro), y, por otro, el asegurador y asegurado.»

¹⁵ *Op. cit.*, 1982, p. 871.

¹⁶ *Le assicurazioni del credito e delle cauzioni*, Venezia, sine date, p. 4.

De la aceptación de una enmienda así justificada parece deducirse que la Ley ha querido configurar al seguro de caución como seguro por cuenta ajena. Tal es, también, la calificación que le ha dado la doctrina mayoritaria¹⁷. Ello es lógico, ya que cuando el tomador –deudor en la relación subyacente– concierta el seguro, el interés que se protege no es el suyo propio sino el del acreedor.

Consecuencia de ello es, por un lado y como señala GARRIGUES¹⁸, que, siendo el seguro de caución un seguro en el cual el tomador y el asegurado son siempre personas distintas, es evidente que no es de aplicación la presunción del artículo 7 de la LCS, según la cual, en caso de duda, se presume que el tomador ha contratado por cuenta propia. Por otro lado, y también derivado de dicho carácter, entiende EMBID IRUJO que, existiendo un sólo vínculo entre asegurador, por un lado, y tomador y asegurado, por otro, puede el asegurado –producido el incumplimiento del deudor– «reclamar directamente el pago de la prestación convenida sin haber estipulado formalmente el contrato¹⁹».

A pesar de ser el de caución un seguro por cuenta ajena, nada impide pensar en que fuera el acreedor el que asegurase directamente y por su cuenta su interés en el cumplimiento. Así lo entienden, entre otros, EMBID IRUJO²⁰, OLIVENCIA²¹ y DONATI²². Este último considera que el seguro de caución puede ser perfectamente concluido por el acreedor, aún cuando niega el carácter asegurativo del mismo.

En nuestra opinión, ha de admitirse la posibilidad, al menos teórica, de que el acreedor contrate el seguro de caución por cuenta propia –como tomador–, si bien en este caso no tendrá el asegurador frente a él acción de reembolso alguna. Si tendrá, en todo caso, y como es lógico, la acción subrogatoria que la LCS reconoce, en todo caso, al asegurador.

d) Seguro de caución y seguro de crédito

Especialmente interesante es la relación del seguro de caución con el de crédito. Al respecto, en opinión de algunos autores²³ ha de hacerse una neta distinción entre seguro de crédito en sentido amplio y seguro de crédito en sentido estricto. Bajo la primera denominación se incluirían los seguros relacionados con créditos entendidos

¹⁷ Vide GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 351; EMBID IRUJO, «El seguro de caución como garantía», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, p. 705; TIRADO SUÁREZ, *op. cit.*, 1985, pp. 427 y ss.

¹⁸ *Op. cit.*, 1983, p. 351.

¹⁹ EMBID IRUJO, *op. cit.*, 1990, p. 705.

²⁰ *Ibidem*, p. 705.

²¹ *Op. cit.*, 1982, p. 880.

²² DONATI, *op. cit.*, 1956, p. 292.

²³ TIRADO SUÁREZ, «El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español», apéndice a la obra de BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 655-656; del mismo autor, *op. cit.*, 1985, pp. 417-418.

en sentido amplio, esto es, como «lado activo de cualquier vínculo jurídico frente al lado pasivo o deuda, pudiendo consistir en la exigencia de un comportamiento del deudor de dar, hacer o no hacer». Serían seguros de crédito, desde esta perspectiva, los seguros de caución, los de responsabilidad civil y los seguros de crédito a la exportación. Seguros de crédito en sentido estricto serán aquellos que se refieren a operaciones de crédito entendiendo esta expresión en sentido estricto, esto es, prestaciones pecuniarias cuyo origen se encuentra en contratos de préstamo o mutuo. Dentro de ello se incluirían aquellos seguros a los que se refieren los artículos 69 a 72 de la LCS.

En esta misma línea de opinión se sitúa BROSETA PONT²⁴, que define el 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». Bajo tal concepto se encuadran tanto los supuestos de impago debidos a la insolvencia del deudor, como los de simple incumplimiento al vencimiento²⁵.

Por lo que respecta a la diferenciación entre seguro de caución y seguro de crédito *strictu sensu*, entiende TIRADO SUÁREZ que las diferencias entre uno y otro se centran en tres aspectos fundamentales:

Primero, en cuanto a los sujetos intervenientes; así, mientras que en el seguro de crédito tomador y asegurado son siempre la misma persona, en el seguro de caución –como hemos visto– tomador y asegurado son sujetos distintos. Tomador es la persona que contrata el seguro y cuya conducta puede ser desencadenante del siniestro; por su parte, asegurado es el titular del interés cubierto por el seguro, quien ocupa, frente al asegurador una posición acreedora, siendo el beneficiario de la eventual indemnización.

Segundo, en el riesgo; así, mientras que el seguro de crédito tiene por objeto indemnizar la pérdida definitiva que sufre el asegurado (acreedor) como consecuencia del impago de la obligación por insolvencia del deudor, el seguro de caución tiene por objeto la reparación del daño derivado del mero incumplimiento del deudor, daño que está evaluado *a priori* legal o convencionalmente.

Tercero, en la forma de contratación; mientras que en el seguro de crédito el acreedor pretende cubrir todo su volumen de negocios–, siendo usuales las denominadas **pólizas globales** o **flotantes**, en el seguro de caución se cubren operaciones concretas, empleándose, por tanto, **pólizas individuales**.

En nuestra opinión, seguro de crédito y seguro de caución tienen en común el venir referidos a un mismo interés. Así lo ha señalado VICENT CHULIA, quien en-

²⁴ BROSETA PONT, *op. cit.*, 1991, pp. 571 y ss.

²⁵ En la misma línea de opinión, véase BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, Paris, 1991, para quien lo que se cubre con los seguros de crédito, caución y de infidelidad es «la défaillance de paiement».

tiende que, aun cuando la LCS los regule de forma separada como si se tratase de dos figuras distintas, en ambos «el interés asegurable es el mismo: un crédito del acreedor-asegurado contra el deudor de una obligación de dar, hacer o no hacer²⁶».

Tal consideración no obsta a que, como hace la doctrina mayoritaria, consideremos que lo que los diferencia es el riesgo cubierto –el seguro de crédito protege al acreedor frente a la insolvencia definitiva del deudor, mientras que el seguro de caución protege al acreedor frente al mero incumplimiento del deudor–²⁷.

Cuestión distinta es, teniendo en cuenta las estrechas relaciones entre seguro de crédito y seguro de caución, la de la conveniencia o inconveniencia del estudio separado que de los mismos hace la LCS²⁸. Para algunos autores tal separación no tiene justificación, en la medida en que tanto uno como otro están dirigidos a resarcir las consecuencias de la falta de pago de un crédito. Así, entiende GARRIGUES²⁹ 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. No pueden, por tanto, diferenciarse por la prestación del asegurador –que en ambos casos es la misma, indemnizar–; la divergencia entre uno y otro radica en el riesgo cubierto, no tanto en cuanto a la esencia del riesgo como a su grados. Se trata –como señala el autor– de «una diferencia en la entidad del riesgo». A partir de ahí, llega el autor a la conclusión de que el seguro de caución no es sino una subespecie del de crédito.

En sentido similar se expresa OLIVENCIA³⁰, para quien contraponer seguro de crédito y seguro de caución es contraponer el todo a la parte. En efecto, y en su opinión cabrá discutir la naturaleza jurídica asegurativa o no del seguro de caución, pero, una vez que ésta le es reconocida por ley, no cabe duda de que se trata de un seguro de crédito. Y es que el riesgo que cubre el seguro de caución es un riesgo inherente al crédito: el no ser satisfecho a su vencimiento.

²⁶ VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, p. 566.

²⁷ En cuanto a la delimitación del riesgo en el seguro de caución, véase el capítulo VII «El riesgo en el seguro de caución: determinación y asegurabilidad».

²⁸ Bipartición que, como señala TIRADO SUÁREZ (*op. cit.*, 1985, p. 418), se ha abierto camino en la legislación de control por clara inspiración en la normativa comunitaria. En concreto, señala el autor que el Anexo A a la Directiva de 24 de julio de 1973, sobre libertad de establecimiento en seguro directo no vida, separa ambos ramos con una clasificación idéntica a la contenida posteriormente en la disciplina española y diferenciando entre caución directa e indirecta.

²⁹ *Op. cit.*, 1983, p. 323.

³⁰ *Op. cit.*, 1982, p. 874.

CAPÍTULO TERCERO

Campo de aplicación del seguro de caución

Hasta el momento se ha visto que el seguro de caución es un instrumento que responde a la necesidad de garantizar la ejecución de obligaciones que surgen de relaciones jurídicas entre personas que no tienen una relación personal o familiar entre sí. De modo similar, el seguro de infidelidad responde a la necesidad de garantizar la ejecución de obligaciones que surgen de relaciones entre personas que no tienen una relación personal o familiar entre sí.

Dada la finalidad del seguro de caución –sustitución de una garantía real o caución propiamente dicha–, su campo de actuación es muy vasto, pudiendo ser aplicado a todas aquellas relaciones jurídicas que exigen un reforzamiento de su contenido obligacional.

No obstante, y antes de comenzar nuestro estudio, es necesario hacer una precisión: excluimos el análisis de los llamados «seguros de infidelidad» –o «seguros de malversación»–, de gran arraigo en los países sudamericanos y anglosajones¹, ya que éstos, al tener por objeto la cobertura de los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de un acto de infidelidad o falta de honradez de personas que están unidas por un vínculo laboral, se identifican con el aseguramiento de obligaciones de no hacer, o de «comportamiento negativo»², no ajustándose, por tanto, a nuestra idea de seguro de caución como medio de reforzamiento de un derecho de crédito en sentido amplio. Además, en estos seguros y a diferencia de lo que sucede en el de caución, el que ocasiona el siniestro no es el propio tomador, sino un tercero.

Consideramos, pues, que el seguro de infidelidad constituye un ramo autónomo, si bien con cierta conexión con los seguros de caución³.

¹ En los que se conoce como «póliza blanket» y «fidelity insurance», respectivamente.

² Vide OLIVENCIA, «Los seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Madrid, 1982, p. 878.

³ Vide TIRADO SUÁREZ, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, Tomo XXIV, p. 439; EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica» *La Ley*, 1986, II p. 1.064; HEMARD, *Théorie et pratique des assurances*, París, 1925, Tomo II, p. 192.

Acerca del encuadramiento del seguro de infidelidad, pueden consultarse OLIVENCIA, *op. cit.*, 1982, pp. 877 y ss.; TIRADO SUÁREZ, «El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español» (apéndice al libro de BASTIN *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, 1980, pp. 699 y ss.); CABALLERO SÁNCHEZ, *Introducción al estudio del seguro privado*, Madrid, 1949, pp. 324-325; MAGEE, *Seguros generales*, México, 1947, p. 33; GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, p. 262; DE ZULIANI, *Le assicurazioni del credito e delle cauzioni. Manuale tecnico-giuridico*, Venezia, sine date, p. 232; BREHM,

Una vez hecho este inciso, podemos comenzar ya la descripción del amplio abanico de posibilidades que ofrece el seguro de caución, así como de las clasificaciones que, basadas en distintos criterios, se han hecho del mismo. En atención al origen de la obligación garantizada, suele distinguirse entre seguros de caución en garantía de obligaciones de origen legal o judicial y seguros de caución en garantía de obligaciones de origen contractual.

En los primeros lo que se pretende es garantizar el cumplimiento de una obligación de origen legal o judicial, siendo también la ley la que impone la obligación de prestar tal garantía. En los segundos se garantiza una obligación de origen contractual, si bien aquí el origen de la obligación de garantizar puede ser legal o convencional⁴. Esta distinción es recogida por el artículo 68 de la LCS al señalar que la obligación del asegurador a indemnizar al asegurado surge «...en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales...».

En la práctica, y en atención no ya al origen de la obligación garantizada sino al origen de la obligación de dar garantía, podemos observar que la mayoría de los seguros de caución que se realizan por imposición legal se refieren a obligaciones contraídas con la Administración pública y organismos oficiales, bien como consecuencia de contratos celebrados con ésta, bien como consecuencia de ciertas operaciones realizadas por el deudor y de las que derivan obligaciones que son, en general, de carácter tributario. A este último supuesto pertenecen las garantías en cumplimiento de las obligaciones de pago de impuestos generados por la realización de actividades de importación y exportación, por la fabricación o comercialización de determinados productos –como es en el caso de las bebidas alcohólicas y el aplazamiento del pago de las precintas–, por el aplazamiento del pago de cuotas a la seguridad social, IVA, IRPF, etc... No obstante, estas obligaciones cuyo origen se encuentra en conductas realizadas directamente por el deudor, pueden tener, en ciertos casos, carácter no tributario. Tal es el caso, por una parte, de las llamadas cauciones judiciales (que nacen principalmente como consecuencia de la interposición de recursos ante los tribunales y organismos públicos, y aquellas que revisten carácter penal) y, por otra parte, de las realizadas con motivo de una concesión adminis-

L'assurance-cautionnement, 1960; GREULICH, *Le assicurazioni del credito*, Milano, 1971, p. 63; ANGEL, *Manuel général des assurances*, Paris, 1913, p. 475. Especialmente interesante es la opinión de BASTIN (*La défaillance de paiement et a protection, l'assurance-credit*, Paris, 1991, pp. 64 y 212), para quien los seguros de fidelidad comparten, por extensión, el campo de actividad de los seguros de crédito y ello porque, en su opinión, el riesgo recae sobre un crédito potencial, en la medida en que la confianza está íntimamente ligada al concepto de crédito.

⁴ Este mismo criterio es el que mantiene EMBID IRUJO, «El seguro de caución como garantía», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, p. 699, al señalar que la variedad de supuestos pueden agruparse, en todo caso, 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».

trativa (lotería nacional...), o a raíz de la obtención de una subvención o ayuda, principalmente en el ámbito agrícola (éste es el caso de las ayudas concedidas por la CEE para fomentar la exportación de un determinado producto, o su producción, transformación o almacenamiento, ayudas que responden a una política agraria comunitaria).

Han de mencionarse, asimismo, las cauciones en garantía de obligaciones que surgen como consecuencia del desempeño de una actividad profesional. Pueden señalarse al respecto las que corresponden a las agencias de viajes (Orden de 9 de agosto de 1974 sobre régimen jurídico de las agencias de viajes y sus actividades); los recaudadores de impuestos (artículo 27 del Estatuto Orgánico de la función recaudatoria y de su personal); recaudadores de arbitrios y ejecutivos de ayuntamientos y depositarios de fondos de la Administración provincial y local (artículo 182 del reglamento de funcionarios de la Administración local); agentes de seguros (artículo 15 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados); agentes de la propiedad inmobiliaria, concesionarios de gas (artículo 13 del Reglamento General de Servicios Públicos de Combustibles); sociedades y agencias de valores que ostenten la condición de miembro de alguna Bolsa de valores (artículo 75 de la Ley 24/1988, de 28 de julio de mercado de valores, y artículo 61.d del RD 116/1992 de 14 de febrero), etcétera.

A) El seguro de caución en cumplimiento de obligaciones contractuales

Aun cuando el seguro de caución puede garantizar obligaciones surgidas de relaciones jurídicas muy variadas⁵, es muy frecuente que éste venga conectado a contratos de ejecución de obras, suministro o gestión.

Dentro de la dinámica de estos contratos se distingue entre:

- 1.^o Obligaciones que surgen antes de la formalización de los mismos.
- 2.^o Obligaciones dimanadas de la propia realización del contrato.
- 3.^o Obligaciones posteriores a la ejecución del contrato.

⁵ No existe un número determinado de prácticas del seguro de caución. Baste para ello pensar en la variedad de obligaciones que nacen de relaciones contractuales, siendo posible aplicar a todas ellas este seguro. Así, señala TIRADO SUÁREZ, «El seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguro de vida», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, p. 824, que no existe un *numerus clausus* en el elenco de esta figura. Tampoco existe una obra que recoja, de forma exhaustiva, todas las prácticas del seguro de caución. Puede, al respecto, consultarse: SALEM, *L'assicurazione del credito, polizze fideiussorie, cauzioni*, Milano, 1959, p. 117; DE ZULIANI, *op. cit.*, pp. 231 y ss.; GREULICH, *op. cit.*, 1971, pp. 72 y ss.; DUSI y DE ZULIANI; *Le assicurazioni cauzionali*, Venezia, 1958; BASTIN, *op. cit.*, 1991, p. 216; WATTINNE, *Assurance et opérations de cautionement*, Aix-Marseille, 1991, pp. 193 y ss.

a) *Garantía de oferta o licitación*

Bajo este título se hace referencia a las concesiones o contratos de obra que se adjudican por medio de un concurso o subasta, siendo necesario para acceder a los mismos —por exigencia del convocante— que se preste una garantía. No obstante, no podemos, en realidad, considerar que exista una obligación de garantía, pues tal obligación «no se ha constituido todavía»⁶, sino que la realización del seguro constituye un requisito para acudir al concurso o subasta. Ahora bien, una vez adjudicado el contrato objeto del concurso, sí existe ya una verdadera obligación de prestar garantía, que se identifica con la exigida en el concurso o subasta.

A estas garantías se les denomina «provisionales», en la medida en que van a garantizar la constitución de otra de carácter definitivo que no es sino la que responderá del cumplimiento del contrato de concesión o de obra propiamente dicho.

Esta garantía⁷ puede ser prestada por medio de un seguro de caución de los denominados «seguros de afianzamiento de licitación por contrato de obra, suministro o gestión» o, siguiendo una nomenclatura más amplia, «póliza de seguro en garantía de licitación de contratos», ya que la oferta o licitación puede referirse a contratos distintos a los mencionados.

El funcionamiento de este seguro es el siguiente: el asegurador se obliga, frente a la parte que convoca el concurso o subasta⁸, a indemnizarle en caso de que el licitador o concursante 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 en la convocatoria del concurso o subasta.

A este tipo de garantía se refiere la Ley de Contratos del Estado al señalar, en su artículo 112 y dentro del capítulo «De las fianzas y demás garantías en los contratos del Estado», que «será requisito necesario para acudir a las subastas, concursos-subastas o concursos que tengan por objeto la adjudicación de obras del Estado el acredecitar la consignación previa de una fianza provisional equivalente al 2 por 100 del presupuesto total de la obra, constituida en metálico, o en títulos de la Deuda Pública, en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales». En consonancia con este precepto, el artículo 122 admite la validez de los avales prestados por entidades de seguros.

⁶ Vide EMBID IRUJO, *op. cit.*, 1990, p. 697.

⁷ Bid bonds según la clasificación del contenida en el *Rate Manual* de la SAA (Surety Association of America). Son designadas también como «garantía de seriedad de propuesta o de oferta», «garantie de participation», «tender guarantee», «bietungsgarantie». La que nosotros hemos utilizado —«de oferta o licitación»— corresponde a la terminología empleada en el «Proyecto de código de usos sobre garantías y fianzas a demanda concedidas para afianzar contratos comerciales» de la CCI y en sus Reglas Uniformes de 1978 («garanties de soumission», publicación CCI, n.º 325).

⁸ En el anuncio de la licitación es donde el convocante recoge la obligación de prestar garantía y sus condiciones (*vide* artículo 96 del Reglamento LCE.).

A pesar de la redacción habitual de las pólizas —que prevén el «indemnizar al asegurado en caso de que no formalizase el contrato, o no constituyera la fianza exigida como definitiva» no ha de entenderse que se aseguren dos supuestos diferentes (formalización y constitución de la garantía definitiva), ya que el riesgo, en ambos casos, es el mismo: seriedad de la oferta. En efecto, el contrato no quedará formalizado sino cuando haya una identificación de la oferta y en ésta se incluye la obligación de prestar la garantía definitiva. Lo que se asegura es, por tanto, la formalización del contrato objeto del concurso o subasta, en cuyo contenido se inserta la obligación definitiva de prestar fianza. Así lo entiende también el artículo precitado al declarar que «la fianza prestada por el adjudicatario quedará retenida hasta la formalización del contrato» y que «también será admitido a dichos efectos el afianzamiento mediante aval constituido en forma reglamentaria». El precepto indica, además, que «también será admitido a dichos efectos, el afianzamiento mediante aval constituido en forma reglamentaria»; frente a ello, ha de destacarse que, en la práctica y en determinados casos, las compañías redactan, junto a la póliza y de forma separada, un documento al que la doctrina denomina aval, de cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

En atención a esta disposición, se aprobó un modelo de aval por Orden de 10 de mayo de 1968, modelo en el que no se hace ninguna distinción acerca de la cualificación profesional de la entidad emisora, hasta el punto de que se reserva un espacio en blanco para su determinación. Es decir, para la ley es indiferente que sea emitido por un banco o una compañía de seguros.

Generalmente, el convocante del concurso o subasta, aparte de la garantía de licitación —cuyo objeto es consolidar la seriedad de la oferta— exige del adjudicatario la constitución de otra garantía que responda de la ejecución del contrato. En caso de que la póliza conste, a su vez, del documento separado o aval, suele ocurrir que la garantía prestada por el asegurador con carácter provisional se convierte en definitiva, sin necesidad de recurrir a la expedición de un nuevo documento —subsistiendo, entonces, el dado con anterioridad⁹.

En cuanto a la extinción de la relación de garantía, pueden distinguirse dos supuestos. Primero, cuando el contrato ha sido adjudicado y el tomador no ha resultado ser el adjudicatario; en este caso, la garantía se extingue en el momento de la adjudicación, salvo que, junto con la póliza, se hubiera emitido aval separado, en cuyo caso la extinción se produce en el momento de la devolución del mismo al asegurador. Segundo, cuando el tomador resulta adjudicatario del concurso o subasta; en este caso, la garantía se extingue al formalizar el adjudicatario el contrato y constituir la fianza definitiva —cuando ésta sea exigida por el concedente. Al igual que en el ca-

⁹ La ley posibilita que, bajo la forma de aval, se constituya la garantía exigida como definitiva a los adjudicatarios de contratos ante la Administración (como sustituto del depósito en metálico). Así, por Orden de 27 de junio de 1974 (BOE núm. 157, de 2 de julio), se amplía la aplicación del aval a las fianzas definitivas en los contratos de obra y suministros del Estado, cuya vigencia se prorrogó por sucesivas Órdenes (12 de junio de 1978, 27 de junio de 1980, 25 de junio de 1981...).

so anterior, si se emitió documento separado, la garantía se extinguirá cuando éste sea devuelto, lo que, a nuestro entender, no tiene justificación sino hasta que sea constituida la fianza definitiva. A este criterio responden el artículo 112 de la LCE y el artículo 346 del Reglamento General de Contratación del Estado (D 3410/1975 de 25 de noviembre).

b) *Garantía de ejecución de contratos*

Son aquellas que, por imperativo legal o por exigencia del acreedor, se constituyen para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales. A esta garantía¹⁰, y en relación con los contratos celebrados con la Administración, se refiere el artículo 113 de la Ley de Contratos del Estado al establecer que «los adjudicatarios de los contratos de obras del Estado estarán obligados a constituir una fianza definitiva por el importe del 4 por 100 del presupuesto total de la obra, en metálico o títulos de la Deuda Pública, cualquiera que haya sido la forma de adjudicación del contrato¹¹». Además de la referencia a la fianza, continúa el mismo precepto declarando que «el Ministro de Hacienda queda facultado para ampliar la aplicación del aval como medio de garantía», y, conforme al artículo 122 de la citada ley, esta garantía —que es de carácter real— podrá ser prestada por una compañía de seguros, a través de la expedición de las llamadas pólizas «de seguro de afianzamiento de contratos de obra suministro o gestión» o, en términos generales, «póliza en garantía de cumplimiento de obligaciones contractuales frente a la Administración», cuando ésta resulte ser la beneficiaria.

No obstante, no todo contrato celebrado con la Administración debe ir acompañado de esta garantía, ya que la propia ley exime de tal obligación a las entidades (normalmente vinculadas con el Estado) «que tengan concedido este privilegio por ley» (artículo 353 del Reglamento LCE); se exceptúan, igualmente, los supuestos en los que es la propia Administración la que realiza la obra o el contrato de que se trate (artículo 191 del Reglamento LCE).

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. Este seguro —perteneciente al tipo de garantías «de buena ejecución¹²— tiene como finalidad

¹⁰ Conocida como «garanzie de esecuzione» o de «adempimento», «performance guarantee», «fulfilment guarantee», «leits tungsgarantie», «performance bonds» en conexión con los «bids bonds» que por su instrumentación pueden ser «payment bond» y «labour and payment bonds»; en español: «garantía de ejecución». Por su carácter: «fianza definitiva», «cauzioni definitive». Al igual que el caso anterior, su campo de aplicación suele ser el de los contratos de obra, suministro o gestión, en especial cuando son realizados a favor de la Administración.

¹¹ Subasta, concurso, concurso-subasta, adjudicación directa (pudiendo ser todas ellas realizadas por la Administración o un tercero).

¹² *Vide EMBID IRUJO, op. cit.*, 1986, p. 704, que distingue entre garantías de reembolso, licitación y de buena ejecución.

dad cubrir los perjuicios económicos que se causen al beneficiario-acrededor como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso, si bien no parece que, en principio, esté muy claro qué ha de entenderse por incumplimiento¹³. Por otra parte, y si atendemos a la redacción de la Ley de Contratos del Estado, ha de entenderse que el pago del asegurador o, lo que es lo mismo, la afección de una cantidad en metálico en garantía del cumplimiento de las obligaciones del deudor en un contrato de obra responde, en primer lugar, de las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato; en segundo lugar, del resarcimiento de los daños y perjuicios que el adjudicatario ocasionara a la Administración con motivo de la ejecución del contrato, así como de los gastos ocasionados por demora del contratista por incumplimiento de sus obligaciones, y, en tercer lugar, de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato de acuerdo con lo establecido en el mismo (artículo 115). La referencia a la penalidad, a los daños y perjuicios y a la incautación como supuestos en los que la garantía de la fianza es ejecutable nos permite apreciar que lo que se pretende, más que la sustitución del deudor en el cumplimiento del contrato objeto de la garantía, es la entrega del importe de la cantidad que, como caución, es debida por el deudor. En definitiva, se afecta una suma en numerario que, en concepto de «indemnización», debe ser entregada al acreedor-beneficiario en el momento en que, producido el incumplimiento, es requerida al asegurador. Así y más que asumir el deber de cumplir por el deudor, el asegurador se obliga a responder del pago que debería hacer el deudor en concepto de garantía de cumplimiento o, lo que es lo mismo, en razón de la caución prestada por él.

Confirmada la obligación del asegurador como una obligación de dar, no vemos, sin embargo, inconveniente en que –por convenio con el beneficiario– el asegurador, en vez de pagar el importe de la caución, opte por realizar la obligación asegurada (lo que estaría justificado, sobre todo, en aquellos casos en los que el incumplimiento consiste en una prestación incompleta –*vr.gr.*, la obra no entregada a tiempo–).

Sin embargo, hay casos en los que la incautación de la caución por el acreedor-beneficiario es preferida a la satisfacción de su «interés» en el contrato asegurado. Esto es posible, como señala el *Manual del seguro de caución* de MAPFRE Caución y crédito, en relación con los seguros de caución de «afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas» y a la posible prórroga que pueda conceder el acreedor al promotor o constructor, cuando el mercado inmobiliario se encuentra a la baja. Señala dicho manual que «Puede ocurrir que el comprador de la vivienda se dé cuenta de que, 18 meses más tarde, podría comprar otra vivienda de calidad se-

¹³ En torno a la equivocidad del término «incumplimiento», *vide* TIRADO SUÁREZ, «Seguro de caución. Pignoración de pólizas...», 1992, pp. 825 y ss.; OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y Contratos (Parte General)*, Granada, 1986, p. 113; DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, Tomo I, 1986, p. 621, para quien el cumplimiento del deudor debe adecuarse al proyecto o programa establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria; ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1933, p. 301; RUIZ VADILLO, *Derecho civil*, Logroño, 1991-1992, pp. 294 y 320.

mejante a menor precio del que esta pagando», de modo que, en caso de que el constructor no cumpla con el plazo establecido y antes de concederle una prórroga —que significaría la satisfacción de su interés—, prefiere incautar la fianza (devolución de las cantidades entregadas a cuenta incrementadas con el 6 % de interés anual, según el artículo 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas).

No faltan autores que afirman la posibilidad de que el asegurador satisfaga el interés del acreedor por medio de la realización de la prestación debida. Así, voces tan autorizadas como la de BASTIN admiten, frente a los autores que lo niegan, tal hipótesis, si bien hacen hincapié en la cautela que deben tener los aseguradores a la hora de asumir este tipo de riesgos¹⁴. Lo que está claro es que el asegurador no puede ser compelido a sustituir al deudor en el cumplimiento de la obligación garantizada¹⁵.

c) *Garantía de mantenimiento o calidad*

Es habitual en los contratos de obra, suministro o gestión que el concedente imponga al concesionario la obligación de que garantice la calidad o buen funcionamiento de la obra o del servicio prestado. Esta garantía¹⁶ se identifica con el término «garantía de calidad» en su sentido más lato, esto es, como respuesta ante defectos de fabricación provenientes de la calidad de los materiales o de las actuaciones de los fabricantes. Esta garantía puede prestarse por medio de un seguro de caución en concepto de «fianza de mantenimiento o garantía¹⁷»; en virtud de la cual, el asegurado se cubre de los posibles perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de la falta de calidad o funcionamiento defectuoso.

La garantía a la que nos referimos ha de entenderse en un sentido amplio, ya que puede abarcar, además de la falta de calidad de un determinado objeto o su montaje

¹⁴ BASTIN, *op. cit.*, 1991, p. 220. También en el mismo sentido, y refiriéndose a la fianza, FRAGALI, *Encyclopédia del Diritto*, XIII, Milán, 1968, p. 357; ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, p. 440 (cuando hay acuerdo entre el acreedor y el garante).

En contra: RAVANIZZI, *La difeiusione*, Milán, 1957, p. 156, núm. 6; FONT GALAN, «Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni», *Assicurazioni*, 1976, p. 232, que, con reservas, parece seguir esa misma línea.

¹⁵ Se exceptúan, como es lógico y dada su especial naturaleza, las cauciones financieras en sentido estricto (entendidas como aquellas que cubren el riesgo de incumplimiento en operaciones carácter financiero).

¹⁶ «Cauzioni per manutenzione», «garantie de bonne exécution», «leistungs», «lieferungsgarantie». En la disciplina de los «bonds»: «maintenance bond», «defective materials and workmanship bond» en conexión con las «performance bond» (de acuerdo con la SAA Rate Manual).

¹⁷ Término que, siendo habitual en la práctica aseguradora, ha de considerarse ambiguo pues, independientemente de que sea o no identificable con una fianza, al referirse al afianzamiento de la garantía está utilizando en un sentido muy amplio —el de la garantía en sí—. Además, se produce cierta redundancia pues la fianza constituye en sí una garantía, con lo que el término queda reducido a «garantía de la garantía». Por esto, nos parece más adecuado el referirnos al «seguro de caución en garantía de mantenimiento o calidad».

defectuoso, la existencia de un servicio adecuado de mantenimiento. Éste es el caso de la «assurance garantie du coating», practicada en Francia, en virtud de la cual se asegura la reparación inmediata de los problemas de corrosión que puedan sufrir los buques, plantas industriales, camiones cisterna..., la fabricación de repuestos o de piezas consumibles y desechables (por ejemplo, la de un determinado tipo de cinta de impresión para una máquina de escribir), etcétera.

Este tipo de garantías se estipulan, generalmente, por un plazo de doce meses. Así, la Ley de Contratos del Estado señala en su artículo 54, al regular la recepción de las obras, señala que encontrándose éstas en buen estado dará comienzo el plazo de garantía, que «se establecerá siempre en el contrato atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año, salvo casos especiales» (el mismo límite establece el artículo 171 del Reglamento).

d) *Garantía de cantidades anticipadas para la adquisición vivienda*

La obligación de prestar garantía que articula este seguro tiene un origen marcadamente legal, que puede encontrarse en la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Con anterioridad, el Decreto de 3 de enero de 1963 había establecido un conjunto de medidas de garantía referentes a la construcción de viviendas con la protección del Estado, que, mediante la citada Ley, fueron extendidas, con carácter general, a todas las construcciones. Ésta, respondiendo a los problemas de escasez de viviendas y a los abusos que se producían en el mercado inmobiliario –hechos que atentaban contra los «más altos intereses» de la comunidad, y que llegaron a calificarse como fraude, de acuerdo con la ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y el Código Penal (artículos 587.3º y 535)–, impuso a las personas físicas o jurídicas que promovieran la construcción de viviendas la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción –más el 6 % de interés anual– mediante contrato de seguro (al igual que la Ley de Contratos del Estado, de nuevo se equiparan los avales emitidos por los bancos o cajas de ahorros con los emitidos por las compañías de seguros), para los casos en los que la obra no se inicie o «no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido». En la redacción de las pólizas, los casos que dan lugar a la exigibilidad de la indemnización son, generalmente, : 1.- Cuando el tomador no inicia la construcción, 2.-No la termina, 3.-No llega a obtener la cédula de habilitación o la calificación definitiva, 4.-No entrega la vivienda en el plazo convenido.

Por Orden de 29 de noviembre de 1968 se estableció el régimen de actuación de estos seguros regulándose:

1.º El contenido general del contrato aplicable de manera general a todos los aseguradores del ramo (objeto del contrato).

2.º Alcance del contrato. Su vigencia temporal se inicia con la apertura de la cuenta bancaria especial para ingreso de las cantidades a cuenta y finaliza con la en-

trega de las viviendas y la obtención de la cédula de habitabilidad o la devolución por parte del constructor de las cantidades anticipadas a los cesionarios.

3.^º La posibilidad de que los cesionarios concedan una prórroga al constructor para la entrega de la vivienda, con la consiguiente renovación del contrato, previa admisión del asegurador y cálculo de la prima.

4.^º Posibilidad de que la indemnización sea pagada ante notario (lo que significa que se considera manifestación del siniestro el hecho de que el asegurado requiera notarialmente al tomador para que le devuelva las cantidades anticipadas)

5.^º Posibilidad de que el asegurador se niegue a la emisión de certificados de seguro individual cuando tenga conocimiento de que el tomador está incumpliendo alguno de los deberes legales recogidos en la Ley de 1968 «sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas».

6.^º Por último, la orden establece una obligación de no hacer (calificada por TIRADO SUAREZ¹⁸ como medida represiva de la publicidad engañosa): la compañía de seguros no podrá ser mencionada en la propaganda a la que se refiere la Ley de 1968, hasta que no se haya concluido con el cedente el contrato de garantía.

La ley, además de imponer este deber de prestar garantía, obliga a los constructores o promotores a que perciban las cantidades entregadas a cuenta a través de una cuenta corriente bancaria especial. Ésta estará destinada exclusivamente a la percepción de dichos fondos, sin que sea posible la confusión de tales cantidades con ninguna otra que no responda a tal concepto («con separación de cualquier clase de fondos pertenecientes al promotor», según el artículo 1.2), siendo responsabilidad de la entidad bancaria el exigir que se haya constituido la garantía antes señalada para la apertura de dicha cuenta especial.

Dado que los anticipos son realizados por cada uno de los futuros adquirientes de las viviendas, el seguro debe articularse de forma que, conforme vayan adelantando las sumas, sean amparados como asegurados por la garantía que presta la póliza; para ello, no va a ser necesario que se realice un seguro de caución para cada adquirente, sino que esta «pluralidad de intereses o personas aseguradas¹⁹» va a estar cubierta por una misma póliza mediante lo que la práctica conoce como «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 seguro²⁰», que recibe al adelantar la can-

¹⁸ «El seguro de crédito...», p. 682.

¹⁹ Vide, CORTÉS DOMÍNGUEZ, en «Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro», en *Comentarios a la LCS*, p. 509, que hace especial hincapié en la disciplina aplicable a los seguros de abono debido a «la existencia de una pluralidad de certificados de seguro», que se corresponden con las distintas relaciones de seguro que se constituyen progresivamente y que sirven para legitimar a los diferentes asegurados —sobre todo en aquellos casos en los que no coinciden con el tomador del seguro.

²⁰ Vide, anexo, núms. 1 y 2.

tidad al promotor de la vivienda (tomador), previa entrega al asegurador del oportuno boletín de adhesión al contrato, junto con el justificante bancario.

Teniendo en cuenta que no es posible conocer *a priori* la cuantía de la garantía del asegurador, ésta (hasta el valor consignado en la póliza) es fijada conforme llegan estos boletines a la compañía de seguros, que en contrapartida, enviará al tomador el recibo de prima correspondiente.

La ley, por último, considera que los derechos otorgados a los cesionarios son de carácter irrenunciable (artículo 7).

e) *Garantía de alquiler*

Nos referimos a las garantías que se exigen en el mercado inmobiliario con ocasión de la conclusión de contratos de arrendamiento de pisos o locales. En el contenido de estos contratos se suele incluir, a cargo del arrendatario, la obligación de prestar fianza en garantía del pago de los recibos del alquiler, así como de los desperfectos que pudiera ocasionar al inmueble o a su mobiliario.

El empleo de esta póliza es poco conocido en España, al igual que en otros Estados de la Comunidad Europea, siendo Francia y Bélgica los países en los que se ha desarrollado fundamentalmente. En Francia fue la *Fédération Française des Professionnels Immobiliers et Commerciaux (FFPIC)* que, en 1980, propuso esta modalidad aseguradora, que fue desarrollada por la *Compagnie Internationale de Caution pour le Développement*. Al respecto es encomiable la labor de la compañía belga *Les Assurances du Crédit*, que inició su actividad (también en Francia) en 1984 y que, a través de sus pólizas de «caution locative²¹», ha configurado esta práctica como un servicio más que pueden realizar las compañías de seguros de caución. En Bélgica, y en virtud del artículo 1.752 del *Code Civil*, este depósito exigido al arrendatario no queda en manos del arrendador, sino que se ingresa en una cuenta única, no pudiendo el arrendador disponer de este dinero sino hasta después de la finalización del arrendamiento y seguido de una decisión judicial.

Este mecanismo comporta grandes inconvenientes; por un lado, para el arrendatario, que ve bloqueado parte de su capital y, por otro lado, para el arrendador, dado el mecanismo de ejecución y el valor del depósito. Estas dificultades son salvadas con la conclusión de una póliza de «assurance locative», que responde del pago del alquiler así como de las indemnizaciones por desperfectos y por desgaste del inmueble sin necesidad de constituir ningún depósito y sin necesidad de seguir ningún procedimiento para hacerlo efectivo, ya que, bajo las condiciones establecidas en la póliza, es suficiente su reclamación al asegurador. Además, al ser prestada la garantía a través de un documento llamado «declaración de disponibilidad», en el que

²¹ Para un estudio de esta garantía, *vide MEEUS*, «Les assurances du crédit» en *L'Argus*, 1989, núm. 601, p. 17.

se consigna el máximo de cobertura prestada al arrendatario, el arrendador puede conocer la solvencia y la moralidad de sus arrendatarios, lo que sin duda influirá en la selección de los mismos.

B) El seguro de caución en cumplimiento de obligaciones legales

a) Garantía de obligaciones aduaneras

Como consecuencia de determinadas actividades de importación-exportación surgen, frente a las autoridades aduaneras, una serie de obligaciones –pago de tributos y derechos de aduanas²²– o pueden derivarse una serie de responsabilidades –como puede ser el propio cumplimiento de la operación de importación o exportación–. A estas responsabilidades se refieren el artículo 2 de la Orden de 26 de febrero de 1986 que regula la fianza en las operaciones de importación y exportación, así como el artículo 102 de las Ordenanzas Aduaneras.

La garantía que se suele exigir por parte de las autoridades aduaneras consiste en la constitución de un depósito de garantía o la presentación de un aval de carácter solidario, como medio de prevención del incumplimiento de dichas obligaciones.

También esta obligación de prestar fianza puede ser cumplida por medio de un seguro de los denominados de «caución en garantía de las obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras» (tales como Dirección General de Comercio Exterior,

²² En el Derecho italiano: «Diritti doganali e tributi doganali». Para su estudio pueden consultarse las notas de BOCCIA a la obra de GREULICH, *Le assicurazioni del credito*, p. 156, que clasifica estas operaciones en: 1) Cauciones por verdaderas y propias operaciones aduaneras: *a)* cauciones por falta o retraso en la presentación de otro derecho de aduana, cuando las mercancías extranjeras se expidieron por medio de «bolleta di cauzione», *b)* caución por el depósito aduanero de mercancías extranjeras en negocios de propiedad privada, *c)* caución por falta de reexportación total o parcial de mercancías extranjeras importadas temporalmente, *d)* caución por falta de pago de derechos de aduana por causa de controversia en la calificación de las mercancías y sus caracteres, *e)* caución por falta de pago de derechos de aduana en los que se ha permitido el pago periódico o diferido; 2) Caución por operaciones de importación temporal, como es el caso de «dittici» y «trittici», de los carnets de derechos de aduana, de los carnets ATA para mercancías y materiales, de carnets TIR para transportes entre varios países de mercancías por medio de vehículos especiales. Además, *Vide*. DE ZULIANI, *Le assicurazioni del credito...*, p. 374 a 449; LA TORRE, «Polizza fideiussoria, assicurazione e temporanea importazione», en *Scritti di Diritto Assicurativo*, Milano, 1979, p. 86; TAMBURRINO, «Appunti sulla natura e sulla disciplina della cosiddetta assicurazione fideiussoria», *Assicurazioni*, 1970, I, pp. 162 y ss.; FONT GALAN, «Natura e disciplina...», p. 220.

En el Derecho alemán se conocen como «Frachtbürgschaftsversicherung» y «Zollbürgschaftsversicherungs», seguro de caución de porte y de aduana, respectivamente. Para un estudio *vide*: BREHM, *op. cit.*, 1960, pp. 162 y ss.; GREULICH, *op. cit.*, 1971, pp. 71-81; HERMANNSDORFER, *Seguros privados*, Barcelona, 1933, p. 210.

En el derecho venezolano, GUTIÉRREZ, *Seguro de crédito y afianzamiento*, Caracas, 1954, p. 175.

administradores de aduanas, Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria...).

Las obligaciones surgidas de operaciones de tráfico de mercancías (generalmente de importación) que cubren estos seguros son muy variadas, siendo las principales las referidas a actividades de importación y exportación simultánea. Las principales operaciones que se contemplan son las siguientes:

1. Tránsito: son importaciones que no permanecen en el territorio nacional, sino que están destinadas a otros países (sin que por ello adquieran el carácter de ser temporales). Con respecto a las fianzas para operaciones de tránsito comunitario, destacamos como peculiaridad la posibilidad de que el contrato de fianza puede ser rescindido unilateralmente.
2. Importaciones temporales: en conexión con el tipo anterior, abarca los supuestos de mercancías que, una vez importadas, deben permanecer por un determinado tiempo en el territorio del importador para ser exportadas posteriormente. En este caso, el seguro de caución cubre los impuestos totales consecuencia de la importación, así como el 12 % en concepto de demora al que hace referencia el artículo 382 de las Ordenanzas de Aduanas.
3. Tráfico de perfeccionamiento: se identifica con una importación temporal de transformación, en el sentido de que las mercancías en régimen de importación temporal son transformadas en el país importador para ser de nuevo exportadas como un producto diferente.

También son operaciones sujetas al deber de prestar garantía:

- a) La fabricación mixta (mercancía importada que se incorpora a un producto nacional para su exportación).
- b) Las importaciones exentas de arancel en atención a su destinatarios finales (por ejemplo el ejército).
- c) Los recursos por disconformidad en la aplicación de aranceles.

Por último, cabe destacar que el principal campo de aplicación del seguro de caución es el referido en el artículo 102 de la Ordenanzas Aduaneras, que impone el deber de prestar una fianza al importador que pretenda levantar las mercancías sin haber pagado previamente los derechos aduaneros.

C) Garantías financieras

Vamos a referirnos ahora a garantías que recaen sobre obligaciones de pago. Con respecto a éstas, y desde nuestro punto de vista, ha de distinguirse entre garantías financieras en sentido amplio, es decir, las que –como señala HOYOS ELIZALDE²³– tie-

²³ «Garantías financieras», Conferencia en el VII Seminario de Fianzas, Bariloche, noviembre de 1989.

nen por objeto garantizar el cumplimiento de 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. Frente a esta clasificación, WATTINNE²⁴ distingue, en atención al origen de prestar la garantía, entre garantías financieras de carácter legal y garantías de riesgos financieros.

Hasta ahora hemos expuesto algunos casos de utilización del seguro de caución como medio de cobertura del riesgo financiero en sentido amplio. Éste es el caso de pólizas en garantía del pago de aranceles aduaneros, de alquileres, etc. Por contra, son garantías financieras en sentido estricto aquellas que garantizan el pago de préstamos, precio en compraventas a plazos, pólizas de crédito, títulos de valores, etc., en cuanto que nacen como consecuencia de operaciones de crédito, de forma que en ellas la obligación principal se identifica por completo con la obligación asumida por el garante.

La demanda de garantías de carácter financiero en sentido estricto es creciente, por lo que el asegurador de caución, que ha visto en ellas la apertura de un importante mercado, no descarta su posible suscripción. No obstante, no faltan aseguradores que se niegan rotundamente a realizar este tipo de operaciones, dado el mayor riesgo que comportan frente a otras garantías y los antecedentes desastrosos de su práctica en Dinamarca, Noruega o Venezuela –país en el que los «avales», supusieron una auténtica crisis y pérdida de imagen de las empresas afianzadoras.

A pesar de ello, y como prueba del acercamiento de los aseguradores a este tipo de garantías, la Asociación Panamericana de Fianzas, en su XII Asamblea General, celebrada en Barcelona, en mayo de 1992, incluyó en su programa científico una mesa redonda acerca del «Seguro de crédito y las fianzas financieras», en la que participaron los más destacados expertos en el tema²⁵.

²⁴ Op. cit., 1991, pp. 135 y ss.

²⁵ En concreto, de las intervenciones, destacamos las siguientes: SLUIJTER, H., «El seguro de crédito y las garantías financieras», PETERSEN, L., «Credit insurance and financial guarantees»; MURGUÍA, J., «El seguro de crédito y las garantías financieras», BRILLEMBOURG, A., «El seguro de crédito y las garantías financieras».

CAPÍTULO CUARTO

La documentación en el seguro de caución

En la documentación necesaria para la contratación del seguro de caución se incluyen, además de la documentación que se precisa para la contratación de cualquier otro tipo de seguro, la solicitud o cuestionario, la proposición de seguro y la póliza.

El seguro de caución, a la hora de su formalización, presenta ciertas peculiaridades con respecto al régimen general de contratación de los seguros. Así, el asegurador, una vez recibida la solicitud de seguro, y en el momento de conclusión¹ del contrato, expide, además y separadamente de la póliza, un documento que, en la práctica aseguradora, se denomina «aval» o «aval de seguro», que, además de no estar presente en otra modalidades de seguro, no está exento –como ha señalado SUGRANYES²– de una cierta ambigüedad.

Son, pues, documentos del seguro de caución la solicitud o cuestionario, la proposición de seguro, la póliza y el «aval», sobre los cuales pasamos a hacer un estudio individualizado.

A) La solicitud y la proposición de seguro en el seguro de caución

El primer paso para la conclusión del contrato lo constituye la petición de seguro que hace el futuro tomador al asegurador, que se documenta a través de la «solicitud».

¹ El referirnos a la conclusión del contrato para estudiar los distintos documentos que se formalizan no significa que nos encontremos ante un contrato formal. Estos documentos no cumplen sino una función probatoria y, como veremos, instrumental. Además, y en opinión de SÁNCHEZ CALERO (*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, 1982, p. 280), tendrán el cometido de «fijar las normas que van a servir para regular la relación jurídica que deriva del contrato». Sin embargo, en algunos países el contrato de seguro tiene carácter formal. Así, el Código de Comercio de Colombia, en su artículo 1.046, declara que es la póliza el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro. En igual sentido, y en México, *vide CONCHA MALO, La fianza en México*, México, 1988, p. 87.

² SUGRANYES, «Les services de caution: quel sera leur rôle dans l'avenir?», en *Actes du congrès Sanginetti*, TCIC, 1990, Bruxelles, p. 6.

tud de seguro³» (si bien, en realidad es la propia compañía de seguros, previa obtención de un informe comercial bancario, la que se pone en contacto con el cliente ofertando sus servicios). Este documento es mencionado en el artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro junto con la «proposición de seguro», con el que no puede confundirse; la propuesta constituye una verdadera oferta de contrato realizada por el asegurador, que vincula al proponente durante un plazo de 15 días, mientras que la solicitud no constituye en sí oferta contractual alguna⁴.

Uno de los principios básicos en la práctica moderna del seguro de caución es la selección de los riesgos⁵. Ello significa que este documento es de vital importancia para el asegurador, en la medida en que le permite conocer la posición económica, así como otras circunstancias –tales como su moralidad y profesionalidad–, en relación con el tomador, que serán determinantes en su decisión de otorgar o no la cobertura derivada del seguro.

La tecnología informática, unida a la creación de departamentos especializados en el funcionamiento interno de las empresas, ha significado un importante avance con respecto a la capacidad de información de las compañías de seguros. A ello hay que añadir la tendencia actual de cooperación informativa entre compañías⁶.

La información requerida por el asegurador en la solicitud de seguro variará dependiendo de la entidad del solicitante –persona física o jurídica–, así como del tipo de cobertura que se demande. En general, la información comprende: *a)* identificación del solicitante; si éste es una sociedad, será necesaria la identificación de los miembros del consejo de administración, así como su participación en el capital; *b)* datos relativos a la empresa, como son la antigüedad, número de empleados, patri-

³ «Demande de cautionnement», «Vordekclaration», «renseignements pour étude».

⁴ *Vide SÁNCHEZ CALERO, op. cit.*, 1982, p. 283.

⁵ Acerca de este principio *vide* BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 268; ID., *La défaillance de paiement et sa protection: l'assurance-crédit*, Paris, 1991, p. 160.

⁶ Al respecto, *vide* SUGRANYES, D., «Les services...», que recoge las experiencias llevadas a cabo en Italia y Alemania, entre las que destaca la FEBIS (Federation of Business Information Services). Son, asimismo, destacables la «Intensa Credito e Cauzione» que en Italia agrupa a 30 compañías del ramo y la reciente fundación, en España, de la UPAC (Unión Profesional de Aseguradores de Caución).

El seguro de crédito, por su propia naturaleza, está llamado a potenciar los vínculos internacionales entre los aseguradores, en la medida en que es frecuente que el mismo venga referido a operaciones de comercio internacional. En estos casos, el efectivo seguimiento del riesgo requiere la colaboración de las compañías de seguro de crédito que operen en el país en cuestión. Precisamente en atención a las ventajas que una colaboración de este tipo supone existen en la actualidad dos importantes asociaciones creadas a este fin. La ICIA (International Credit Insurance Association) fue fundada en 1928, siendo su principal misión la de difundir la idea del seguro de crédito, así como la de mantener a sus asociados al tanto de los problemas de interés común que surgen en los distintos países. Cuenta la asociación con una secretaría permanente en Zurich.

Por otro lado, gran parte de los aseguradores de crédito son miembros de la Union d'Assureurs des Crédits Internationaux, domiciliada en Berna y más conocida como la Unión de Berna. Cuenta ésta con una secretaría general en París.

monio, bancos con los que opera...etc.; c) tipo de garantía o cobertura que se demanda y número de ellas realizadas con otras entidades. (véase anexo núm. 2)

Dado que la solicitud de seguro tiene por objeto fundamental conocer el estado económico del solicitante, los aseguradores exigen que se incluya una fotocopia del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias de los últimos años y, si el solicitante es una persona física, una fotocopia de la declaración de IRPF. Este documento –solicitud– que no es sino un cuestionario, no une –como dijimos anteriormente– contractualmente al tomador con el asegurador. Ello se deduce también de la redacción del artículo 10 de la LCS, al señalar que la declaración de tales circunstancias se configura como deber del tomador anterior a la conclusión del contrato. Sin embargo, no por ello ha de privársele de importancia, desde el momento en que, en base a él, el asegurador fija la intensidad del riesgo. Por ello está el tomador obligado –por imperativo del principio de la buena fe, presente en todo contrato de seguro– a declarar todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del aquél.

B) La póliza de seguro de caución

Al igual que en todo contrato de seguro, la póliza tiene como función, además de ser prueba de la existencia del contrato, la de establecer el régimen convencional entre las partes intervenientes, ya que es en ella en la que los contratantes declaran las condiciones bajo las que se comprometen. Puesto que el seguro de caución se configura como un seguro por cuenta ajena, la póliza va a ser el instrumento que regule las condiciones de la relación entre tomador y asegurador, condiciones que son establecidas por éstos, quedando al margen el asegurado.

El artículo 8 de la Ley de Contrato de Seguro establece el contenido mínimo que debe recoger toda póliza: identificación de los contratantes, (asegurador y tomador), así como del asegurado y del beneficiario, si los hubiera; concepto en el cual se asegura; riesgo cubierto; determinación del objeto asegurado; suma asegurada o alcance de la cobertura; coste y circunstancias del pago de la prima; duración del contrato; nombre del agente o agentes, en el caso de que intervengan en el contrato.

Por su parte, la Resolución de 17 de marzo de 1981 de la Dirección General de Seguros sobre adaptación de las pólizas a la Ley de Contrato de Seguro, en su anexo quinto, redactó unas condiciones generales para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contrato de obra o suministro, en las que se exige la determinación de objeto del seguro (riesgos cubiertos), duración, circunstancias del pago de la prima, obligaciones, deberes y facultades del tomador o asegurado, determinación del siniestro, valoración y pago, derecho de reembolso, obligación del asegurador de entregar la documentación del seguro, los supuestos de nulidad y pérdida de derechos y, por último, las circunstancias referidas a las comunicaciones y a la jurisdicción.

Si bien la resolución no era de carácter imperativo, todos los aseguradores de caución adaptaron la redacción de las pólizas a lo señalado de su anexo quinto, por lo

que la citada disposición ha desempeñado un papel primordial con respecto a la configuración de las pólizas de caución o, como ha destacado TIRADO SUÁREZ⁷, «tiene un valor paradigmático en cuanto recoge los criterios habituales del órgano de control a la hora de la aprobación de las pólizas».

Junto al contenido referido anteriormente, algunos aseguradores de caución otorgan, en su condicionado general, la consideración de cláusulas a aquellas normas que regulan el contrato principal garantizado, (*vide* anexo núm. 3)

Del estudio de las pólizas en el seguro de caución, destacamos como notas de interés:

a) Valoración anticipada del daño, configurándose como póliza tasada o estimada (conforme al artículo 28 de la LCS), lo que facilita el procedimiento de liquidación del siniestro⁸. Esto, en apariencia, choca con el principio indemnizatorio.

b) No participación del asegurado en la conclusión de la póliza, al ser un seguro por cuenta ajena. No obstante, y en nuestra opinión, nada impide pensar que pudiera ser realizado por cuenta propia⁹, si bien significaría un acercamiento evidente a los seguros de crédito en sentido estricto.

c) La frecuente inclusión de cláusulas que permiten al asegurado reclamar la prestación del asegurador sin necesidad de demostrar que se ha producido incumplimiento del deudor. Ello no es sino una manifestación más de la función caucional de la póliza (al respecto véase el capítulo «El seguro de caución y las garantías a primera demanda»).

d) El especial hincapié que, en la redacción, hacen las compañías con respecto a su derecho de reembolso, señalando expresamente el carácter ejecutivo de la póliza¹⁰ (ver anexo num. 4).

C) Los llamados avales

Dos cuestiones deben ser estudiadas con respecto a dichos documentos: primero, determinar el valor y función que éstos cumplen en el marco del contrato de seguro,

⁷ Seguro de caución. *Pignoración de pólizas de seguros*, p. 842.

⁸ *Vide* ANGULO RODRÍGUEZ, *La liquidación del siniestro en el seguro contra daños en las cosas*, Barcelona, 1989, p. 105.

⁹ En el mismo sentido, *vide* EMBID IRUJO «Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución», *La Ley*, núm. 2.459, 1990, p. 3; OLIVENCIA, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 880. Por contra, algunos autores entienden que en este caso nos encontraríamos frente a un seguro de crédito en sentido estricto, *Cfr.*, MERCHIERS, «Assurance-crédit et assurance-caution», en *Le contrat de assurance tenu*, Bruxelles, 1993, p. 162.

¹⁰ Carácter ejecutivo, que, como ha indicado TIRADO SUÁREZ (*Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, Tomo XXIV, p. 438), dependerá de que cumpla los requisitos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.429.

y, segundo, analizar si la utilización del término «aval» es adecuada para su designación.

No obstante, y antes de nada, hemos de hacer algunas precisiones. En primer lugar, no siempre el asegurador expide estos documentos, ya que, en ocasiones, el contrato se articula exclusivamente a través de la póliza (así ocurre en Italia, donde se desconoce el uso de estos documentos separados). En segundo lugar, el uso de estos documentos viene, en cierto modo, justificado por tres razones: *a)* que sea un seguro por cuenta ajena, en el que la póliza se refiere, fundamentalmente, a las relaciones entre tomador y asegurador; por ello, es lógico que exista un documento distinto —los llamados avales— para instrumentar las relaciones con el asegurado o beneficiario, *b)* porque la propia legislación ha inducido a los aseguradores a adoptar tal denominación, a través del uso generalizado del término aval como medio de garantía¹¹. Así, por ejemplo, la Ley de Contratos del Estado exige, en su artículo 112, la constitución de una fianza, que, según el tenor del precepto, puede ser realizada mediante un aval constituido de forma reglamentaria, admitiendo el mismo texto legal —en su artículo 122— que dicho aval sea otorgado por entidades de seguros. Por su parte, el Reglamento de Ordenación de los Seguros Privados equipara, en su artículo 66.5, al seguro de caución y al aval.

Antes de analizar la función que cumplen estos documentos¹², y con la finalidad de determinar la procedencia o improcedencia de su denominación, creemos necesario exponer su contenido. Éste se puede resumir en:

1. *Elementos personales.* Si la póliza identifica al asegurador y al asegurado, el contenido personal del aval es más amplio, ya que hace referencia también al asegurado. Además, y dada la función instrumental que cumplen (*vide infra*), el tomador aparece ya como garantizado, el asegurador como garante (solidario en la mayoría de los casos), y el asegurado como beneficiario¹³.
2. *Reconocimiento de garantía.* El asegurador expresa su compromiso de responder, frente al beneficiario, del comportamiento del deudor garantizado.
3. *Extensión y circunstancias de la garantía.* Se determina frente a qué responde el garante (en general el incumplimiento de la obligación garantizada: formalización de contratos y presentación de fianzas de carácter definitivo, pago de impuestos relativos a actividades aduaneras, realización de una determinada concesión...etc), la fecha en que comienza a tener efecto la garantía, así como su vigencia temporal (que siempre estará en función de las circunstancias temporales de la obligación principal garantizada, limitándose al período de tiempo en que ésta es exigible), las condicio-

¹¹ En cuanto al uso amplio que se hace del término «aval», puede consultarse BLANCO CAMPAÑA, en «Aval cambiario y aval como contrato de garantía», en *RDBB*, núm. 7, 1982, p. 681.

¹² En lo sucesivo, avales.

¹³ De un estudio en la redacción de estos documentos, destacamos la variedad (en ocasiones, confusa) de términos que se utilizan para designar las distintas partes: avalista, avalado, beneficiario, contratante, ordenante, afianzado, garante, etcétera.

nes bajo las cuales el beneficiario puede pedir al garante la realización de la garantía (su incautación), el régimen de excepciones, el fuero competente y el número de registro en el Registro Especial de Avales.

Con respecto a las condiciones en las cuales la garantía es exigible por el asegurado, nos encontramos, en la práctica, con dos tipos fundamentales de aval: unos, en los que el asegurado debe demostrar documentalmente que se ha producido el incumplimiento del deudor y otros en los que no es necesaria tal demostración, bastando el simple requerimiento. En atención a esto, autores como DENOZZA¹⁴ entienden que ello no es sino un reflejo del grado de conexión entre la garantía y la obligación principal garantizada, distinguiendo entre (recordemos que en Italia el aval va incorporado en la póliza) póliza accesoria, en la que se debe demostrar el incumplimiento, condicionada, en la que se recoge como requisito la presentación de unos determinados documentos en el momento de exigir la efectividad de la garantía, y a primer requerimiento, donde no es necesario que el asegurado demuestre que se ha producido el incumplimiento.

a) *Función de los avales*

En el seguro de caución pueden distinguirse dos planos obligacionales bien distintos, en los que participan tres sujetos diferentes. Así, por un lado, hay una relación jurídica –principal– que une al acreedor y al deudor y de la que surge la obligación principal, siendo, además, en el marco de dicha relación donde se encuadra la exigencia de constitución de la garantía de cumplimiento. Por otro lado, la póliza de seguro da vida a una relación jurídica entre tomador –deudor– y asegurador, recongiendo los derechos y obligaciones de ambos contratantes. Lo importante es que el asegurado permanece al margen de la póliza o, cuanto menos, no participa en la redacción de la misma. Por ello, y dada la función de garantía que cumple este seguro, el asegurador expide, junto con la póliza, un documento separado, el llamado «aval», con el propósito de instrumentar las relaciones entre él –como garante– y el asegurado –como beneficiario.

Cuestión discutida es la de determinar si estos documentos se encuentran desvinculados de la póliza, constituyendo en sí un contrato distinto, (*vgr.* garantía autónoma, fianza, crédito documentario o aval), o si, por el contrario, forman parte de ella.

Si se entiende que los avales constituyen un contrato distinto al seguro de caución, habrá que determinar ante qué tipo de contrato nos encontramos, interrogante al que ciertos autores han respondido afirmando que el aval constituye un verdadero

¹⁴ DENOZZA, «Le garanzie fideiussorie» en *Profilo di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa* (título del vol. 3 de los *Studi di Diritto e Legislazione Bancaria* del CE.DI.B.), Milán, pp. 160 y ss.

contrato de fianza. Así, BREHM¹⁵ entiende que ese contrato de fianza se perfecciona desde el momento en el que el acreedor recibe y acepta el documento que recoge la obligación fideiussoria del asegurador, documento que el autor designa como «certificado de caución». La aceptación –entiende BREHM– no tiene por qué ser expresa, ya que al ser el propio beneficiario el que exige la constitución de la garantía, y desde el momento en que aquél tiene conocimiento de ésta por medio del certificado y sin formular ningún tipo de objeción, se entiende que ha habido una aceptación tácita.

En España, la idea de que el asegurador –junto con la póliza– expide un documento que en sí constituye un contrato diferente y desvinculado de la misma, está muy extendida. Baste como ejemplo el artículo aparecido en una revista especializada¹⁶, en el que se señala que «el desconocimiento de este seguro por parte de la Administración ha propiciado que el asegurador, en flagrante contradicción con la Ley de Ordenación, preste avales desvinculados de la póliza de seguros», añadiendo que las relaciones entre el asegurado y el asegurador están reguladas en el aval y no en la póliza, lo que «produce entonces una situación jurídica esperpéntica».

b) *La doctrina del Tribunal Supremo*

En una ocasión el Alto Tribunal se ha pronunciado con respecto al valor de los avales. Así, es de destacar la sentencia de 30 de julio de 1991 –sentencia comentada por EMBID IRUJO¹⁷– referida a un seguro de caución en garantía de un contrato de ejecución de obra. Precisamente, en las condiciones generales del seguro se señalaba que «la compañía puede asumir el riesgo frente al asegurado mediante documento separado, al que el tomador del seguro reconoce la misma fuerza y validez que a la presente póliza de la que, en todo caso, es complementaria». Frente a la claridad de dicha cláusula, el tomador, en los fundamentos de Derecho de su recurso, argumentó que dichos avales y la póliza eran instituciones diferentes: los primeros pertenecían al ámbito de las garantías personales, mientras que la póliza constituía un verdadero contrato de seguro. Basándose en ello, el tomador entendía que la sentencia dictada por el Tribunal de Instancia adolecía de un vicio de incongruencia. Ante dicha argumentación, el Tribunal Supremo fue claro en sus razonamientos:

- No cabe disociar los avales constituidos del contrato de seguro previo, ya que dichos avales se integran en el contenido de dicho contrato, del que, en definitiva, son lógica consecuencia.
- El hecho de que el asegurador asuma su obligación frente al asegurado mediante documento separado no sólo es perfectamente admisible, sino que en ningún caso debe entenderse como alteración de las términos del contrato.

¹⁵ BREHM, *L'assurance cautionne*, Ed. Winthertur-Keller, 1960, p. 50.

¹⁶ *Actualidad Aseguradora*, 1991, 74.

¹⁷ EMBID IRUJO, «Aval, fianza y seguro de caución», comentario a la STS de 30 de julio de 1991, en *La Ley*, año XI, núm. 2.459, pp. 1 y ss.

- La finalidad de dichos avales no es otra que la de reforzar la posición del asegurado, facilitándole el ejercicio de sus eventuales reclamaciones frente al asegurador.

De todo ello se concluye que los avales no son sino instrumentos materiales de asunción del riesgo, que no sólo se insertan, sino que no pueden concebirse aisladamente del contrato de seguro al que van referidos.

Para EMBID IRUJO¹⁸, y en relación con esta sentencia, «los avales son el seguro mismo y no su instrumento de ejecución», siendo posible la utilización de estos documentos como medio que facilita el ejercicio de los derechos del asegurado (coinciéndolo con la postura del Tribunal Supremo). Lo que –en su opinión– no es admisible es entender que, tomando como base esos documentos y la póliza, se consideren vinculados asegurador y asegurado.

En nuestra opinión, la función que cumplen los documentos que expide el asegurador junto con la póliza es puramente instrumental, como medio de articular la garantía que presta el asegurador; el hecho de que se realicen separadamente de la póliza no significa que por esa vía se constituya la garantía, ni que ésta sea distinta a la otorgada por el propio seguro.

c) *Reflexiones en torno a la denominación de aval*

Afirmada la función instrumental que cumplen los llamados avales en el seguro de caución, ha de cuestionarse la oportunidad de su calificación, que está generalizada entre los profesionales de este ramo, pero no con carácter absoluto.

Tal denominación tiene su justificación tanto en la confusión terminológica que caracteriza al seguro de caución como en la tendencia actual a equiparar los conceptos de aval y garantía. En efecto, si bien en su sentido originario el término aval venía a designar a la garantía personal prestada en un título cambiario, en la actualidad, y como ha puesto de manifiesto BLANCO CAMPAÑA¹⁹, se usa generalizadamente para designar otros contratos u operaciones de garantía (idea ésta que ha sido incluso consignada en los diccionarios jurídicos²⁰). Desde este punto de vista, nada impide, en nuestra opinión, que la designación de «aval» a los documentos emitidos por las compañías de seguro –complementando a las pólizas de seguro de caución–, pueda ser considerada como correcta, en la medida en que con ello se está recalando la función de instrumentación de una garantía que los mismos cumplen. No obstante, no ha de dársele mayor importancia al hecho de que la asunción del riesgo se haga,

¹⁸ «Aval, fianza...», p. 6.

¹⁹ BLANCO CAMPAÑA, «Aval cambiario...», p. 680.

²⁰ Vide *Diccionario básico de seguros*, 1972, p. 24, en donde se define al aval como: «firma que se consigna en un documento de crédito para responder de su pago en caso de no efectuarlo la persona obligada principalmente».

en el seguro de caución, por medio de un documento denominado «aval», ya que dichos avales son documentos cuya naturaleza y eficacia van a venir, en última instancia, determinadas siempre por la póliza de seguro a la que completan. En definitiva, y en nuestro caso, el aval es un mero término que designa a un cierto documento, pero no una categoría jurídica independiente²¹.

²¹ Y, por ello, no han de plantearse aquí las cuestiones que, como veremos más adelante, se plantean en relación con el aval, entendido –en sentido amplio– como categoría contractual. (Así, por ejemplo, una de las cuestiones que, en opinión de BLANCO, ha de plantearse es si el aval, entendido en sentido amplio, supone o no el beneficio de excusión tal y como lo contempla el artículo 1.830 y ss. del CC –cuestión ante la cual la jurisprudencia ha mantenido una posición oscilante–. Es evidente que esta cuestión no se planteará en relación con el aval entendido como documento complementario del seguro de caución, en la medida en que la misma vendrá ya resuelta en la propia póliza).

PARTE SEGUNDA

PARTE SEGUNDA

PARTE SEGUNDA

CAPÍTULO QUINTO

Función caucional del seguro de caución. Naturaleza de la obligación asumida por el asegurador

A) Función caucional del seguro de caución¹

Una vez descritas las diferentes prácticas del seguro de caución, habremos de cuestionarnos qué función cumple éste dentro de la relación jurídica principal², cuestión ésta que ha sido ampliamente estudiada por la doctrina italiana.

Así, DUSI y DE ZULIANI³, tras calificar 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 deudor⁴), consideran que, bajo tal denominación, se 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 con ocasión de una determinada relación jurídica.

Por su parte, RAVAZZONI⁵ entiende que la finalidad del seguro de caución y la de la caución (entendida ésta como depósito de dinero o títulos) son absolutamente

¹ En contra de dicha función caucional, *Vide*, IPPOLITO, «Assicurazione di responsabilità e polizza c.d. fideiussoria», en *Assicurazioni*, 1985, p. 97.

² Señala FONT GALÁN («Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni», en *Assicurazioni*, 1976, I, p. 223) con respecto a las pólizas de afianzamiento de contratos de obra –si bien entendemos que ello es aplicable a otras modalidades de seguro de caución–, que es necesario tener siempre presente que la obligación de prestar caución se inserta en el contenido negocial de la relación jurídica principal. Este importante hecho –que no siempre es tenido en cuenta por la doctrina– será de gran importancia para el intérprete a la hora de investigar cuál sea la concreta función económica que dicha obligación caucional desempeña en el marco de la relación jurídica principal.

³ DUSI y DE ZULIANI, *Le assicurazioni cauzionali (elementi di tecnica e di diritto)*, Venezia, 1958.

⁴ *Vide supra*.

⁵ RAVAZZONI, «Nuove riflessioni sulle cauzione fideiussorie», en *Assicurazioni*, 1973, pp. 553 y ss.

idénticas: garantizar al acreedor que su crédito será satisfecho. Certo es que el medio utilizado en cada caso es distinto. Así, en la caución, tiene el acreedor la posibilidad de autosatisfacción, en la medida en que puede, preventivamente, incautar la caución. En el seguro del mismo nombre, sin embargo, la satisfacción del crédito va a depender del acto de cumplimiento de un tercero. Pero, en cualquier caso, se trata de una diferencia en cuanto al medio de operar, manteniéndose idéntica la finalidad.

En el mismo sentido se manifiesta MUNGARI⁶, para quien la función de garantía no se diversifica entre caución real y seguro de caución, sino que se diferencian exclusivamente en el modo de operar; en la caución real se ponen a disposición del acreedor una determinada cantidad de bienes, mientras que en el seguro de caución el asegurador asume la obligación de pagar —a título de caución— el importe de la garantía.

Con similar criterio, y dentro de la doctrina italiana, pueden consultarse los trabajos de BOCCIA⁷, MAZZONI Y BRUGLIERE⁸, SALEMI⁹, y VOLPE PUTZOLU¹⁰.

Por otro lado, esta función caucional ha sido reconocida por los órganos italianos de control de la actividad aseguradora. Concretamente, el Ministerio de Industria ha señalado, en la circular núm. 433 de noviembre de 1979, que «constituyen 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 en 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 de penalidad...».

En cuanto a la doctrina alemana, puede consultarse GREULICH¹¹, que afirma que la actividad caucional viene desarrollada, en Alemania, tanto por bancos como por compañías de seguros; para la doctrina francesa, puede consultarse PERCEROU¹² y para la doctrina belga FONTAINE¹³.

Por lo que respecta a la doctrina española, es también predominante la tesis de la función caucional del seguro de caución. Para FONT GALÁN¹⁴ la póliza de seguro

⁶ MUNGARI, «Sulle garanzie cauzionali (*contract bonds*) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all'estero», en *Assicurazioni*, 1979, I, p. 60.

⁷ BOCCIA, «Le assicurazioni cauzionali», en el *Notiziario SCI* de 1973.

⁸ MAZZONI, y BRUGLIERE, «La polizza fideiussoria», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 2, 1986, p. 378.

⁹ SALEMI, *L'assicurazione del credito. Polizze fideiussorie. Cauzione*, Milano, 1959.

¹⁰ VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie e attività assicurativa», en *Assicurazioni*, 1981, I, p. 503.

¹¹ GREULICH, *Le assicurazione del credito* (traducida al italiano y notas de BOCCIA), Milano, 1977, pp. 71 y ss.

¹² PERCEROU, «La nature juridique de l'assurance crédit: contrat d'assurance ou contrat crédit», en *RGAT*, 1970, p. 493.

¹³ FONTAINE, *Essai sur la nature de l'assurance-crédit*, Bruxelles, p. 227.

¹⁴ FONT GALÁN, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

de caución es, valga la redundancia, un medio de prestar caución. Así, es frecuente que, con motivo de la realización de ciertos contratos¹⁵, se imponga a uno de los contratantes la obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que –a su cargo– dimanan del mismo¹⁶. Esta obligación es designada por FONT GALÁN como «obligación de prestar caución». Tal caución se puede prestar de muy diversas formas; mediante depósito en dinero, mediante depósito de títulos o mediante póliza de seguro de caución emitida por una compañía de seguros. Es decir, y en opinión del autor, la noción de caución coincide con la noción genérica de garantía, abarcando, pues, tanto a la garantía real como a la personal.

Por su parte, entiende EMBID IRUJO¹⁷ 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.

También dentro de la doctrina española pueden consultarse DEL CAÑO ESCUDERO¹⁸ y BROSETA PONT¹⁹.

En nuestra opinión, ha de afirmarse la función caucional del seguro de caución, dado que la razón de su nacimiento es, precisamente, sustituir la caución que, en ciertos casos, debe ser prestada por determinadas personas y ello ya que, cualquiera que sea la amplitud que quiera dársele a la noción de caución²⁰, lo que parece claro es que el seguro de caución, al ser concertado con una entidad aseguradora –que habrá de reunir ciertos requisitos en cuanto a capital social, reservas...²¹–, se considera como fianza suficiente²², susceptible de sustituir la prestación de una caución. De este modo, la póliza de caución se configura como medio de instrumentar la caución que, con

¹⁵ Concesiones de obras públicas, promociones inmobiliarias, etc. *Vide* capítulo anterior.

¹⁶ Con frecuencia, esta obligación de prestar caución viene impuesta por la Ley de Contratos del Estado. De hecho, los seguros de caución emitidos por tal concepto suponen un porcentaje de entre el 60 y 70% del total de las pólizas emitidas por las compañías de seguro (en el ramo de caución).

¹⁷ EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica», en *La Ley*, 1986, II, p. 1.064; también en «El seguro de caución como garantía», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, p. 699.

¹⁸ DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, 2.^a Ed., Madrid, 1974, p. 822.

¹⁹ BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, p. 573.

²⁰ Garantía en general o, más limitadamente garantía de tipo real; en cualquier caso, y sin entrar aquí en el análisis de tal cuestión, nos ceñiremos a la corriente doctrinal que considera a la caución como «garantía constituida por medio de un depósito de dinero o títulos».

²¹ Señala, al respecto, el artículo 371 del Reglamento General de Contratación del Estado que «Por el Ministerio de Hacienda se establecerán los requisitos que habrán de cumplir las entidades aseguradoras para poder emitir esta clase de avales, así como las cláusulas de las pólizas que al efecto se suscriban», siendo un reflejo de tales cláusulas las referidas en el anexo V de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981.

²² En el Derecho alemán, al señalarse cuáles son los modos de prestar caución (1. Consignación de dinero o de títulos al portador, 2. Pignoración de títulos inscritos en el Registro de la Deuda del Reich

motivo de la realización de ciertas operaciones, ha de ser prestada. Como sustituto o forma de caución, su función es, al menos en apariencia, la misma que la de la caución a la que sustituye: garantizar el cumplimiento de la obligación principal²³. Teniendo en cuenta que ello choca abiertamente con el principio indemnizatorio –reparación de un daño– que tradicionalmente se ha venido considerando como inspirador del contrato de seguro, será necesario analizar –a efectos de determinar su naturaleza jurídica– si el seguro de caución persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal o, por el contrario, persigue indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento de aquélla²⁴. De hecho, en torno a esta dualidad (función de garantía-carácter asegurativo) giran las diversas teorías existentes al respecto.

Por otra parte, esta función caucional ha de tenerse siempre presente, pues sólo desde esa óptica pueden explicarse algunos caracteres del seguro de caución, tales como la renuncia al beneficio de excusión (que coloca al asegurador en el mismo plano de responsabilidad que el deudor –fianza solidaria–) o la frecuente inclusión de cláusulas a primer requerimiento (éstas serán objeto de estudio en un capítulo independiente), cláusulas que, en definitiva, no persiguen sino incrementar el poder de autotutela del acreedor, acercándole a la posición en la que se encontraría de haberse constituido una caución real.

B) Naturaleza de la obligación asumida por el asegurador

Como hemos señalado anteriormente, la determinación de la naturaleza jurídica del seguro de caución se basa en la disyuntiva carácter asegurativo (indemnizatorio) – carácter fideiusorio (de garantía). No obstante, y como veremos más adelante, junto al carácter indemnizatorio o no del seguro de caución y con la finalidad, igualmente, de determinar su naturaleza jurídica, se ha recurrido a otros criterios tales como la accesoriedad, la subsidiariedad o la calificación profesional de uno de los contratantes.

o en el Registro de la Deuda del Estado; 3. Pignoración de cosas muebles hasta los dos tercios de su valor de tasación, 4. Concesión de hipotecas sobre fincas en el territorio nacional y 5. Pignoración de un crédito hipotecario, una deuda inmobiliaria o de una deuda sobre rentas de fincas en el territorio nacional), se establece que, en caso de necesidad, cuando el obligado no pueda prestar caución por ninguno de los medios señalados, se admite la fianza suficiente, esto es, una fianza de persona que posea un patrimonio adecuado a la prestación de la caución. La declaración de la fianza tendrá que contener, en este caso, la renuncia a la excepción de excusión.

²³ No entramos aquí a debatir las distintas teorías acerca de la naturaleza de la caución. Nos limitaremos a enunciar las más significativas: *a) la caución es una forma de pago –*datio in solutum*– anticipada y condicional; b) la caución es una forma de depósito irregular; c) la caución cumple una función de garantía, teoría esta última a la que nos adherimos.*

²⁴ En concreto, se plantea FONT GALÁN (*op. cit.*, p. 226) las tres preguntas siguientes: 1) ¿Puede estructurarse la obligación de prestar caución a través de un contrato de seguro?; 2) ¿No es contradictorio con la causa típica del contrato de seguro el prestar caución a través de una póliza de seguro?; 3) ¿No se está, en estos casos, sustituyendo la naturaleza asegurativa del contrato por un carácter fideiussorio?

~~dico~~ En cualquier caso, y cualquiera que sea el razonamiento utilizado, las diferentes argumentaciones han centrado la polémica en torno a la consideración del seguro de caución como generador de una verdadera fianza o, por el contrario, como una operación de naturaleza puramente asegurativa, si bien la doctrina, de forma prácticamente unánime, reconoce la complejidad de tal determinación, por cuanto en el seguro de caución se conjugan elementos propios de ambos negocios²⁵. A ello ha de sumarse la falta de claridad a la hora de redactar las pólizas. En efecto, un examen de las mismas demuestra la utilización indiscriminada de términos propios de la fianza y otros propios del seguro (así, por ejemplo, es frecuente encontrar expresiones como «seguro de afianzamiento», «contrato garantizado», «pago de indemnización», «garantía prestada al asegurado», «seguro-aval», «seguro de fianzas» etc...).

Ante esta disyuntiva, la doctrina extranjera, en su mayoría²⁶, basándose en el aspecto causal, concluye el carácter fideiusorio de la obligación asumida por el asegurador²⁷. A tal conclusión lleva el análisis del fin económico que persigue el seguro de caución, que no se identifica con el propio del contrato de seguro, sino con el de la fianza²⁸. En este sentido, señala BOCCIA²⁹ que la jurisprudencia de la Corte Suprema, así como la práctica totalidad de la doctrina italiana, entienden que los contratos designados como «polizza cauzionale», «polizza fideiussoria», «polizza fideiussoria cauzionale», etc...³⁰, mediante los cuales el asegurador se obliga a responder –en caso de incumplimiento del deudor– de la pérdida sufrida, no constituyen aseguramiento

²⁵ Así, señala GARRIGUES (*Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., Madrid, 1983, p. 350) que «se trata de un seguro de características muy singulares porque se parece y al mismo tiempo se diferencia de la fianza».

²⁶ BONVICINI, *La responsabilità civile*, Milano, 1973, tomo III, p. 630; DONATI, «Natura giuridica delle c.d. polizza fideiussorie», en *BBTC.*, 1957, I, pp. 75 y ss.; FRAGALI, «Fideiussione e assicurazioni», *ibidem*, 1956, I, p. 135; ID., «Assicurazioni del credito» en *Enclopedia del Diritto*, Milano, 1962, tomo III, p. 554; GAMBINO, «Fideiussione, fideiussio indemnitatatis e polizza fideiussoria», en *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 57; GERI, «Ulteriori osservazioni in temi di assicurazioni cauzionale e loro natura», en *Assicurazioni*, 1969, II, p. 127; HERRMANNSDORFER, *Seguros privados*, Madrid, 1933, p. 211; MOLLE, «Fideiussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie», en *Studi per De Gregorio*, II, p. 241; MUNGARI, «L'assicurazione dei rischi finanziari (garanzie creditizie e fideiussorie): disciplina e prospettive di riforma», *Assicurazione*, 1983, pp. 654 y ss.; RAVAZZONI, «Fideiussione in luogo de cauzione», en *Assicurazioni*, 1959, I, p. 266; ID., «Problemi relativi al pagamento da parte dell'istituto garante nelle c.d. polizze o cauzioni fideiussorie», en *Assicurazione*, 1964, I, p. 493; TAMBURRINO, «Appunti sulla natura e sulla disciplina della c.d. assicurazioni fideiussoria», en *Assicurazioni*, 1970, I, p. 522.

²⁷ Hasta el punto de que, para RAVAZZONI («Nuove riflessioni...»), el problema no es si el seguro de caución se acerca más a la fianza o al seguro, sino dónde –dentro del ámbito de las garantías– ha de encuadrarse el seguro de caución, esto, es, cuáles son los límites que lo separan de la simple fianza y de la caución real.

²⁸ Vide. FONT GALAN, *op. cit.*, p. 225.

²⁹ En la nota núm. 133 del comentario a la traducción al italiano de la obra de GREULICH, *Die Krediversicherung*, a cargo de la S.I.C., realizada por BOCCIA, Milano, 1971.

³⁰ En España son también variadas las denominaciones que estos contratos tienen; póliza de caución, póliza de afianzamiento, póliza-aval, póliza de seguro-aval, póliza de garantía, etcétera.

del crédito en sentido estricto, sino contratos de los cuales deriva una verdadera obligación de fianza³¹.

No obstante, no han faltado opiniones doctrinales y jurisprudenciales que han negado el carácter fideiusorio del seguro de caución según distintos criterios. Veámos cuáles han sido éstos:

a) *Carácter indemnizatorio*

Como acabamos de señalar, no son pocas las argumentaciones en contra del carácter fideiusorio del seguro de caución, argumentaciones que, en gran medida, se basan en el carácter indemnizatorio del mismo³². Así, señala IPPOLITO³³ que el seguro de caución se configura como un negocio autónomo, cuya función indemnizatoria es evidente: 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, precisamente, a eliminar los efectos negativos que tal incumplimiento ha producido en la esfera jurídico-patrimonial del asegurado. Dicho carácter indemnizatorio conduce, sin dificultad, a concluir la naturaleza autónoma de la obligación asumida por el asegurador. Por ello, y en opinión del autor, cualquier afirmación de que el seguro de caución no tiene función indemnizatoria sino de garantía, no refleja más que la construcción artificiosa de una obligación accesoria, con la finalidad de poder justificar el carácter fideiusorio de la obligación asumida por el asegurador. Por todo ello, concluye el autor afirmando³⁴ que el seguro de caución es «una tipica assicurazione della responsabilità contrattuale».

También un sector muy amplio de la doctrina española mantiene el carácter indemnizatorio del seguro de caución, carácter del que se concluye la naturaleza no fideiusoria del mismo. Así, por ejemplo, OLIVENCIA³⁵, refiriéndose al artículo 68 de la LCS, entiende que, con el inciso «a título de resarcimiento o penalidad», el legislador ha querido subrayar el carácter indemnizatorio de este seguro, fundamentando así su naturaleza jurídica asegurativa, ya que en él, el asegurador, a diferencia de lo que ocurre con el fiador, se obliga a indemnizar –resarcir– al asegurado por los daños

³¹ Señala BOCCIA, *op. cit.*, *ibidem.*, que el Tribunal de Casación italiano ha calificado tal obligación de fianza como «sottotipo innominato de fideiussione», por cuanto presenta elementos propios de la fianza así como elementos propios del seguro.

³² De dicho carácter indemnizatorio concluyen estos autores el carácter no accesorio. Esto es –dentro de tal argumentación– lógico, ya que la obligación de pagar que surge a cargo del asegurador depende de un hecho objetivo: el daño sufrido por el asegurado. De este modo, el asegurador no cumple por nadie, sino que cumple una obligación propia que no tiene vinculación alguna con aquella cuyo incumplimiento ha ocasionado tal daño.

³³ *Op. cit.*, p. 94.

³⁴ *Op. cit.*, p. 98.

³⁵ OLIVENCIA, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, 2, Madrid, 1982, p. 884.

derivados del incumplimiento del tomador, pero no a cumplir en caso de que no lo haga éste.

Por su parte, TIRADO SUAREZ³⁶, aludiendo al mismo precepto, señala que la expresión «daños patrimoniales sufridos» se dirige a reiterar el encuadramiento sistemático del seguro de caución en el marco de los seguros de daños y, a continuación, define el seguro de caución como «ramo de seguro autónomo en el que la cobertura del asegurador se dirige contra los daños patrimoniales derivados del incumplimiento de una obligación por parte del deudor».

Dentro de esa misma línea, nuestro Tribunal Supremo, en ocasiones, ha utilizando como criterio diferenciador el distinto carácter de las obligaciones asumidas por el fiador y por la entidad aseguradora. 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. Al respecto, señala el Fundamento de Derecho núm. 4 de la Sentencia de 19 de mayo de 1990 que «la mayoría de la doctrina tanto civilista como mercantilista se pronuncian por su neta separación; así, mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido», de donde se desprende que para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal de la obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las definiciones que de uno y de otro contrato se dan en nuestros textos legales. Así el artículo 1.822 del Código Civil dice que «por la fianza se obliga uno a pagar o a cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste», mientras que el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro define esta clase de seguro diciendo que «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato».

En nuestra opinión, el criterio que utiliza el Tribunal Supremo para diferenciar fianza y seguro de caución es susceptible de crítica. Y ello por tres razones:

- Primera, porque aunque del tenor literal del artículo 1.822 del Código Civil parezca deducirse otra cosa, es hoy unánimemente admitido que en la fianza existen dos vínculos obligatorios. Esto quiere decir que el fiador no cumple por el deudor,

³⁶ TIRADO SUAREZ, «Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguro», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, p. 814.

sino que cumple una obligación propia, si bien con el cumplimiento de esa obligación propia persigue la misma finalidad que la que tiene la obligación a cargo del deudor: satisfacer el interés del acreedor³⁷. En definitiva, como señala GUILARTE ZAPATERO³⁸, la fianza refuerza la probabilidad de que el acreedor vea satisfecho su interés y es innegable que también el seguro de caución persigue esa función de reforzamiento del interés del acreedor³⁹. Así, señala el autor que no tiene por qué identificarse el contenido de las prestaciones de deudor y fiador; de este modo, es perfectamente posible que el deudor principal tenga una obligación de hacer, mientras que la obligación del fiador sea dineraria. En este caso, y habiendo incumplido el deudor, es evidente que al cumplir el fiador no está sustituyendo la prestación de aquél, sino simplemente protegiendo, por decirlo de este modo, el interés económico que el acreedor pudiera tener en aquella prestación. Al respecto, señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE⁴⁰ que «el fiador busca satisfacer, aunque sea por medio de la asunción de una responsabilidad y deuda propias y diferentes de la principal, el interés que el acreedor tiene en el cumplimiento de ésta». En esta misma línea, ha señalado DE COSSIO⁴¹ que, en realidad, lo que garantiza la fianza no es la deuda, sino la responsabilidad «bien porque la garantía se traduzca en el abono de una cantidad de dinero, bien mediante el resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de una obligación principal de dar, hacer o no hacer».

Para otros autores⁴², el problema de si puede constituirse o no una fianza sobre una obligación de hacer es, en relación con el tema que nos ocupa, irrelevante y ello porque a lo que se obliga el asegurador no es a cumplir la obligación principal (que, en muchos casos consistirá en un *facere*), sino a garantizar el contenido patrimonial de la caución debida, esto es, el cumplimiento de la obligación de prestar caución, que siempre consistirá en la entrega de una suma de dinero.

– Segunda, porque aun cuando el artículo 68 de la LCS establezca que mediante el seguro de caución se obliga el asegurador a indemnizar los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor, pocas veces en la práctica se entra a evaluar dichos daños, en la medida en que el importe de la indemnización es fijado previamente al redactarse la póliza. Incluso en el caso –poco frecuente por otro lado– de que el asegurador considere que los daños efectivamente producidos son, en su cuantía, inferiores a la indemnización fijada, habrá de ser él quien pruebe

³⁷ Vide. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pp. 7 y ss.

³⁸ GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, *ibidem*.

³⁹ Queremos hacer aquí hincapié en la idea del interés; en efecto, y a nuestro modo de ver, con la fianza se pretende reforzar no tanto el derecho de crédito del que es titular el acreedor, como el interés económico que tiene en dicho derecho.

⁴⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías “a primera demanda”», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, p. 751.

⁴¹ DE COSSIO, «La fianza por deudas futuras. Interpretación y perspectivas del art. 1.825 del Código Civil», en *Derecho de los Negocios*, Año 4, número 31, abril 1993, p. 2.

⁴² DE ZULIANI, *Le assicurazioni del credito e delle cauzioni*, Venezia, 1958, pp. 5 y ss.; FONT GALÁN, *op. cit.*, p. 232.

tal divergencia, invirtiéndose así la carga probatoria⁴³; de hecho, en la propia sentencia a la que nos estamos refiriendo, el asegurador –en los fundamentos del recurso de casación– alegaba que los daños efectivamente sufridos por el asegurado habían sido inferiores al importe de la indemnización. Tal motivo fue desestimado por el Tribunal, por considerar que los documentos en que se basaba la pretensión del asegurador quedaban contradichos por los presentados por el asegurado-recurrido.

A este respecto es también significativo que, con frecuencia, el asegurado –en sus puestos de contratos de obra en los que el tomador ha cumplido de forma defectuosa– se dirija frente al asegurador pidiendo en la demanda que se condene a éste a realizar las obras necesarias para subsanar tales defectos y, sólo subsidiariamente, a abonar el importe de dichas reparaciones hasta el límite cuantitativo de la cobertura. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, se refiere a uno de estos supuestos. Admitida la demanda, el Juzgado de Primera Instancia condenó al tomador y al asegurador, solidariamente, «a la reparación de los vicios, defectos y faltas de la edificación, y, en su defecto, a hacer efectivo el importe de las reparaciones». Ello responde, en nuestra opinión, a que tanto una como otra posibilidad –cumplimiento realizado por el asegurador o abono del importe del mismo⁴⁴– satisfacen, de igual modo, el interés del asegurado. El Tribunal Supremo, no obstante, no llevó a término este criterio, al entender que el contrato de seguro fue nulo por inexistencia de riesgo.

– Y, tercera y más importante, porque el propio Tribunal parece no tener muy claras las ideas cuando, en el mismo Fundamento de Derecho núm. 4 y antes de comenzar a distinguir ambas figuras según el carácter indemnizatorio del seguro y no indemnizatorio de la fianza⁴⁵, advierte de la dificultad de tal distinción, que nace «de la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos».

Este criterio del Tribunal Supremo ha sido ampliamente superado, en la medida en que un sector de nuestra doctrina entiende que el seguro de caución tiene una finalidad de garantía más que indemnizatoria. Así, y por lo que respecta a la interpretación del inciso «a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos», entiende VICENT CHULIA⁴⁶ que, en efecto, la frase introduce la duda de si el asegurador sólo estará obligado a indemnizar cuando el incumplimiento haya generado unos daños y en la cuantía de los mismos. En opinión del autor, tal razonamiento ha de ser descartado de inmediato, ya que el asegurador habrá de abonar «la suma debida por el tomador-deudor, más los intereses y gastos que se produzcan al asegurado, al igual que en la fianza».

Para EMBID IRUJO⁴⁷ «la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza, puesto que en aquél la empresa aseguradora no se obliga a resarcir los daños

⁴³ Con respecto a la inversión de la carga probatoria en las pólizas tasadas, *Vide*. GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 139.

⁴⁴ El llamado «cumplimiento por equivalente».

⁴⁵ Dicotomía que, en definitiva, puede reconducirse a la de carácter asegurativo-carácter fideiussorio.

⁴⁶ VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo II, Barcelona, 1990, p. 569.

⁴⁷ EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen jurídico...», p. 1.075.

hipotéticamente producidos por el incumplimiento, sino, más bien, a cumplir la obligación del tomador».

En términos similares, FONT RIBAS⁴⁸ hace hincapié en la función de garantía del seguro de caución, sin que a ello obste el que dicha garantía se haga –según el tenor literal del artículo 68 de la LCS– a título de «resarcimiento o penalidad». En su opinión, «la función de ese contrato es primera y principalmente una función de garantía más que una función indemnizatoria, por cuanto que el importe de la indemnización aparece tasado de antemano por acuerdo entre las partes y coincide, además, con el precio del incumplimiento».

FONT GALAN⁴⁹, por su parte, entiende que la causa del seguro de caución es una causa de fianza, en la medida en que, del examen de la función económico-social perseguida por las partes, puede concluirse que, en virtud de la póliza, al asegurador se obliga a pagar la suma que –en concepto de caución– es debida por el tomador. En definitiva –continúa el autor– ello significa que el asegurador se constituye en fiador, obligándose personalmente frente al asegurado a garantizar el cumplimiento de la obligación de que es deudor el tomador.

Por último, CARRASCO PERERA⁵⁰ llega a afirmar que «el asegurador no paga(...) el daño resultante de la insolvencia del deudor, sino, de modo subsidiario, el interés de cumplimiento del acreedor asegurado; el «siniestro» es el propio incumplimiento, no el daño eventual que pudiera resultar del mismo». Parece, además, cuestionarse el autor hasta qué punto tiene sentido seguir manteniendo la neta distinción teórica entre función indemnizatoria y función de garantía, ya que, y en su opinión⁵¹, «con un artículo como el 1.826 CC en la mano carece de utilidad sostener que el fiador no “indemniza”, sino que “cumple”(...) Esto es evidente en las fianzas limitadas (que son la mayoría de las bancarias), en las que no se puede hablar con rigor de función de cumplimiento. Y ocurre sobre todo en las fianzas de obligaciones de hacer (...) en las que el subrogado del cumplimiento omitido puede calificarse de “cumplimiento por equivalente” o de “indemnización de perjuicios”».

Por otra parte, también la jurisprudencia italiana⁵² ha mantenido en diversas ocasiones⁵³ la opinión de que la obligación de la compañía aseguradora tiene por

⁴⁸ FONT RIBAS, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983, en *CCJC*, núm. 1 & 24, p. 243.

⁴⁹ *op. cit.*, pp. 230-231.

⁵⁰ CARRASCO PERERA, Comentario a la STS de 19 de mayo de 1990 *CCJC*, núm. 23, 1990, sentencia a la que haremos nuevamente referencia.

⁵¹ Comentario a la STS de 19 de mayo de 1990, *op. cit.*, pp. 662 y 663.

⁵² Jurisprudencia cuyo estudio es, en nuestra opinión, de gran interés, dado que ha sido ésta junto con la doctrina del mismo país la que más ampliamente se ha ocupado del estudio del seguro de caución. Ello justifica que las referencias a ambas sean constantes a lo largo de nuestro trabajo.

⁵³ Como ejemplo, vide. CASS., 14.3.1978, n. 1.292, en *Assicurazioni*, 1978, II, p. 173; CASS., 17.7.1985, n. 4.218, en *Mass. Giust. civ.*, 1985, p. 1.300. Concretamente, la sentencia de la Corte Suprema de 7 de abril de 1982 (n. 2.142, en *Giust. civ.*, 1983, p. 238) considera que el seguro de caución

contenido el cumplimiento sustitutivo, que es distinto del típico del contrato de seguro, ya que este último, de carácter indemnizatorio, no coincide ni cualitativa ni cuantitativamente con la obligación garantizada.

b) *Falta de accesорiedad*

La anteriormente referida Sentencia de 19 de mayo de 1990 mencionaba, además del criterio ya comentado y también como argumento en contra de la naturaleza fideiusoria del seguro de caución, la falta de accesoriedad del mismo frente al carácter esencialmente accesorio de la fianza.

Con respecto a la accesoriedad, avanzamos, ya que nos encontramos ante un tema complejo y espinoso, como se desprende del hecho de que no exista acuerdo entre la doctrina acerca de qué haya de entenderse por accesoriedad, así como sobre si es carácter esencial o no de la fianza.

La accesoriedad entendida en sentido amplio –esto es, como la necesaria «conexión funcional» de la obligación accesoria con la principal, que se deriva del hecho de que la primera nace como anexo que complementa a la segunda o, lo que es lo mismo, del hecho de que la obligación accesoria siempre presupone la existencia de una principal– es predictable de la garantía constituida a través de un seguro de caución, si bien es cierto que ello no nos lleva a identificarlas con una fianza, ya que la accesoriedad, así entendida, es un carácter común a los derechos de garantía en general y, por tanto, no delimita o especifica a la fianza. En el mismo sentido se manifiesta GUILARTE ZAPATERO⁵⁴ cuando afirma que la dependencia de la obligación accesoria con respecto de la principal -dependencia que sería consecuencia de la accesoriedad- no es nota exclusiva de la fianza, sino también de otras instituciones. Por ello, habrá que determinar cómo se concreta la accesoriedad en la fianza para fijar su verdadero alcance y significado (y, por lo que a nuestro estudio respecta, ver si la accesoriedad así caracterizada aparece, igualmente, en el seguro de caución).

¿En qué se concreta, pues, la accesoriedad como característica propia y especificadora de la fianza?. Según GUILARTE ZAPATERO⁵⁵, la accesoriedad propia de la fianza no radica tanto en el origen o génesis de la misma como en el fin que ésta cumple. Según esto, consecuencias de la accesoriedad así entendida serían el que la obligación del fiador no pueda nacer ni subsistir sin la principal, el que el contenido de la obligación del fiador no puede exceder de la del deudor principal, el que la

ha de reconducirse al esquema de la fianza, por cuanto puede afirmarse que la causa de garantía es la que prevalece en el acuerdo celebrado entre asegurador y deudor *«in cui queste ultimo assicura el fatto del suo inadempimento nei confronti di un terzo beneficiario e l'assicuratore promette, non già l'indennizzo di un danno –ciò che constituisce il tratto tipico del contratto di assicurazione–, ma semplicemente di sostituirsi al debitore nell'adempimento...»*.

⁵⁴ Op. cit., p. 14.

⁵⁵ Op. cit., p. 15.

obligación del fiador no pueda ser contraída en condiciones más gravosas que la del deudor principal y, por último, el que la obligación del fiador se transmita y extinga con la principal⁵⁶.

A estos planteamientos –como señala el mismo autor– parece ajustarse la regulación del Código Civil (el artículo 1.824.1º establece que «la fianza no puede existir sin una obligación válida»; según el artículo 1.822 el fiador paga o cumple «por un tercero, en el caso de no hacerlo éste»; el artículo 1.826 señala que «el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones»; el artículo 1.847, por su parte, afirma que la obligación del fiador se extingue «al mismo tiempo que la del deudor» y, finalmente, el artículo 1.212 entiende que la fianza se transmite con el crédito como derecho a él anexo⁵⁷).

Visto esto, ¿puede afirmarse que la garantía emitida por una compañía de seguros tenga el carácter de accesoria propio de la fianza? Al respecto hemos de admitir que muchos de los preceptos que anteriormente hemos mencionado como derivados del carácter accesorio de la fianza no son aplicables al seguro que nos ocupa. Así:

- El artículo 1.212 establece que la fianza se transmite con el crédito como derecho al anexo
- El artículo 1.828 establece la sumisión del fiador «a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación (la fiada) debe cumplirse»

Sin embargo, entendemos que ello no ha de ser causa para excluir el carácter fideiussorio del seguro de caución, siempre y cuando consideremos que los preceptos anteriormente citados no son de derecho imperativo, por lo que su aplicación puede ser excluida si así lo quieren los contratantes.

Por lo que respecta a los demás preceptos:

- El artículo 1.824.1º establece que «la fianza no puede existir sin una obligación válida». La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 plantea el supuesto de un seguro de caución sobre ejecución de un contrato de obra en el que la obra se había terminado y recibido con anterioridad a la conclusión de dicho seguro. El Tribunal Supremo estima que «en tal fecha era inexistente el riesgo asegurado –incumplimiento por el tomador de sus obligaciones contractuales–, lo que produce la nulidad del contrato de seguro, de conformidad con el artículo 4 de la LCS». Igualmente, es frecuente en la práctica que, al redactar las pólizas, se incluyan cláusulas en las que expresamente se establece la nulidad del contrato en caso de que, en el momento de su conclusión, no existiera riesgo o el siniestro hubiera tenido ya lugar.

⁵⁶ Casación. Petición. Comunicación a la STS de 19 de mayo de 1990. CCJC, núm. 23, 1990, sentencia a la que hicieron mención nuevamente referencias al art. 1.824.1º del CC, al art. 1.822 del CC, al art. 1.826 del CC y al art. 1.847 del CC.

⁵⁷ En el mismo sentido, vid. OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte General)*, Granada, 1986, p. 52.

⁵⁸ Recordamos aquí nuevamente la importancia práctica de que se considere o no al seguro de caución como una fianza, por cuanto de ello depende que se le aplique a aquél la regulación contenida en estos artículos.

• El artículo 1.826.1º establece que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones». Este precepto nos parece de especial interés por lo que se refiere a los supuestos de incumplimiento fortuito. En efecto, y como se deduce del artículo 1.847 del CC en relación con el artículo 1.156 del mismo cuerpo legal, producido el incumplimiento fortuito de la obligación principal, ésta se extingue, extinguiéndose también la obligación del fiador. Ahora bien, en el seguro de caución la obligación del asegurador es independiente de cuál haya sido la causa del incumplimiento (si bien, como veremos, la cobertura del caso fortuito es excluible mediante pacto). De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1991 condenó a pagar a la entidad aseguradora aun cuando en el convenio resolutorio del contrato celebrado entre el tomador y el asegurado se reconoció que el incumplimiento de aquél se había producido de forma fortuita⁵⁸. Esto podría, en principio, hacernos pensar que, en el seguro de caución, el asegurador se obliga a más que el tomador, en contradicción con lo previsto por el artículo 1.826.

En nuestra opinión, sin embargo, el que el asegurador esté obligado a pagar al asegurado incluso en los supuestos de incumplimiento fortuito, no lesiona el principio consagrado por el ya citado precepto. Y ello por varias razones:

– Primera, porque, como el propio GUILARTE ZAPATERO⁵⁹ señala, lo que este precepto excluye es la fianza contraída en condiciones más onerosas que la obligación principal (*in duriorem causa*), pero no las contraídas con más intensidad que la obligación principal (ya que en ellas no hay más onerosidad). Tendríamos que plantearnos, entonces, si el hecho de que el garante se obligue a pagar en caso de incumplimiento fortuito, supuesto en el que, al menos en principio, el deudor principal no está obligado a responder, ha de considerarse como fianza más onerosa que la obligación principal –contraria al artículo 1.826– o, simplemente, como fianza constituida con más intensidad que la obligación principal, fianza esta última que es perfectamente admisible.

⁵⁸ La consideración de que el asegurador ha de responder incluso en los casos de fuerza mayor no puede deducirse claramente de la actual redacción del artículo 68 de la LCS. Y ello porque, como ha reconocido casi unánimemente la doctrina, los términos empleados por el legislador son, al respecto, equívocos. En efecto, señala OLIVENCIA (*op. cit.*, p. 876) que el término «incumplimiento» tiene un contenido distinto según se contemple desde el lado del deudor o desde el del acreedor. Desde el punto de vista del acreedor, «incumplimiento» equivale a «falta de cumplimiento», es decir, abarcaría los supuestos de incumplimiento por fuerza mayor. Sin embargo, desde la óptica del deudor sólo hay incumplimiento cuando la falta de cumplimiento le es imputable –hay, pues, responsabilidad–. De ello se concluye que no habría incumplimiento en los casos de fuerza mayor. No obstante, el proyecto de ley era al respecto bastante claro. Así, su artículo 65, al definir el seguro de caución, lo configuraba como aquel «por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato a indemnizar los daños patrimoniales sufridos por el asegurado si, llegado el vencimiento de la obligación, no se hubiera producido el cumplimiento de la misma». Al hablar el proyecto de «no cumplimiento», es claro que quería referirse, también, a los supuestos de fuerza mayor.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 96.

— Segunda, porque, en cualquier caso, entendemos que el asegurador que responde en caso de incumplimiento fortuito no se está obligando a más que el deudor principal. En efecto, una vez que el asegurador haya pagado, ejercitará frente al tomador la acción de reembolso, frente a la cual —*vide infra*— entiende la doctrina que podrá el tomador oponer, en todo caso, la excepción de falta de cumplimiento, pero no, desde luego, una excepción de incumplimiento fortuito.

— Tercera, porque, como ya apuntamos, la cobertura de los casos fortuitos puede excluirse mediante pacto. En efecto, señala GARRIGUES⁶⁰ que si bien el término «incumplimiento» contenido en el artículo 68 de la LCS ha de interpretarse en interés del acreedor, esto es, como referido también a los supuestos de incumplimiento por caso fortuito, el daño que ha de reparar el asegurador ha de estar siempre dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato⁶¹. Ello ha de entenderse en el sentido de que asegurador y tomador podrán —y, de hecho, la casi totalidad de las pólizas así lo prevén— pactar la no cobertura del incumplimiento fortuito. De igual forma, considera TIRADO SUAREZ⁶² que la determinación de qué haya de entenderse por incumplimiento habrá de hacerse «*super casum* en las distintas pólizas al uso, de conformidad con los límites generales de la autonomía de la voluntad».

- El artículo 1.853 establece que el fiador puede oponer al acreedor «todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda». Es decir, el fiador, frente a la reclamación del acreedor, puede discutir la validez, existencia y legitimidad de la obligación principal. Frente a esto, la mayoría de las pólizas de seguro de caución, como señala EMBID IRUJO⁶³, utilizan la cláusula «a primer requerimiento», lo cual supone la exclusión de excepciones oponibles por la entidad aseguradora frente a la reclamación del asegurado y ello con la finalidad de crear, a favor del acreedor-asegurado, una mayor disponibilidad económica al desconectar la obligación de la compañía aseguradora de las circunstancias que puedan afectar a la obligación garantizada⁶⁴. No obstante, en nuestra opinión, el hecho de que el artículo 1.853 no sea aplicable en la mayor parte de las pólizas de seguro de caución no excluye por sí solo su carácter fideiusorio y ello en la medida en que tal precepto es excluible por voluntad de las partes. En efecto, GUILARTE ZAPATERO⁶⁵ señala que la renuncia por el fiador a valerse de las excepciones que pudieran corresponderle es uno de los supuestos de fianza contraída con más intensidad que la obligación principal, supuestos que, como acabamos de ver, no han de identificarse con los de fianza contraída en circunstancias más onerosas que la obligación principal (*in durior rem causa*). De ello se deduce que tal renuncia es perfectamente admisible y, en ningún caso, contraria a lo previsto por el artículo 1.826 del Código Civil.

⁶⁰ GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 351. *En todos los contratos de seguros de vida es el aseguramiento de la obligación de cumplimiento de la obligación principal la que es la más importante.*

⁶¹ Según el tenor literal del artículo 68 de la LCS.

⁶² «Seguro de caución. Pignoración...», pp. 815 y 816.

⁶³ EMBID IRUJO, *op. cit.*, 1990, p. 710.

⁶⁴ Lo cual no es sino consecuencia de la función caucional —sustitución de una caución— que, como vimos al comenzar este capítulo, persigue el seguro del mismo nombre.

⁶⁵ *Op. cit.*, pp. 94 y 95.

En lo que a la doctrina se refiere, parece haber división de opiniones en cuanto al carácter accesorio o no del seguro de caución.

Para un amplio sector doctrinal, el seguro de caución y, más concretamente, la obligación del asegurador, tiene carácter accesorio. Así, FONT GALÁN⁶⁶ entiende que la póliza de seguro de caución es un instrumento o medio para cumplir la obligación de prestar caución, obligación que surge de la relación jurídica principal. De ello se deduce necesariamente que el seguro de caución tiene carácter accesorio con respecto al contrato principal. FONT RIBAS⁶⁷, en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983, referida a un seguro de caución en ejecución de contrato de obra, señala que «se trata, pues, de una obligación de garantía, accesoria a la principal de cumplimiento(...) no cabe duda alguna de que entre éste contrato (de ejecución) y el que instrumenta la garantía existe una auténtica vinculación funcional en la medida en que sólo el incumplimiento (o, si se prefiere, la falta de cumplimiento) de la obligación garantizada dará lugar al pago de la indemnización»⁶⁸. Para CARRASCO PERERA⁶⁹, el asegurador puede oponer frente a la reclamación del asegurado –siempre y cuando no haya renunciado expresamente– las excepciones contenidas en el artículo 1.853 CC, con lo que pierde toda fuerza la tesis del carácter independiente y principal de la obligación del asegurador. En este mismo sentido señala RAVAZZONI⁷⁰ que no existe ninguna razón suficientemente precisa para afirmar la inoponibilidad por parte del garante de las excepciones que legítimamente corresponden al deudor principal. Por su parte, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE⁷¹, al referirse a las garantías bancarias⁷², admite que la única posible diferencia es la existente entre garantías accesorias y no accesorias; las primeras son siempre fianzas, especiales o no especiales, pero fianzas. Y –continúa el autor– la única especialidad de estas fianzas, en contra de lo que algunos autores han querido mantener⁷³, es el carácter del garante; bancos o, en general, garantes profesionales⁷⁴.

No obstante, son también numerosos los autores que han afirmado el carácter autónomo del seguro de caución⁷⁵.

⁶⁶ «Natura e disciplina...», pp. 225 y 226.

⁶⁷ «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1986...», p. 241.

⁶⁸ Como veremos en opinión de cierto sector doctrinal, tal vinculación funcional es manifestativa, más que de la accesoriedad, del carácter subsidiario de la obligación del fiador.

⁶⁹ *Op. cit.*

⁷⁰ «Nuovi riflessioni...», p. 546.

⁷¹ «Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda (Comentario al proyecto de la CCI)», en *RDBB*, 13 (1984), p. 60.

⁷² Cuyo funcionamiento estimamos no difiere mucho del de las emitidas por las compañías de seguros, a través de los seguros de caución. Valga como ejemplo el hecho de que la Orden de 10 de mayo de 1968, en desarrollo del artículo 112 de la LCE, haya aprobado un modelo de aval –a efectos de afianzamiento de los contratos del Estado– que es aplicable tanto a los emitidos por compañías de seguros como a los emitidos por bancos.

⁷³ Así, por ejemplo, ECHENIQUE («Garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones», en *RDBB*, núm. 5, enero-marzo, 1982, p. 153) entiende que, en las garantías emitidas por bancos, la especialidad reside en la naturaleza de la obligación del garante, que es distinta de la obligación principal.

⁷⁴ Calificación que, en nuestra opinión, engloba, sin lugar a dudas, a las compañías de seguros.

⁷⁵ *Vide*, TIRADO SUÁREZ, «Seguro de caución. Pignoración...», p. 818.

Por lo que respecta a la doctrina extranjera, entiende MUNGARI⁷⁶ que, contrariamente a lo que vienen sosteniendo los estudiosos del derecho bancario italiano⁷⁷, no puede admitirse que el conjunto de problemas jurídicos de las garantías emitidas por bancos sea la misma que la de las pólizas de seguro de caución, ya que –en su opinión– la abstracción propia de las garantías bancarias (que llegan a prescindir de la validez de la obligación principal) no puede, ni mucho menos, predicarse de las garantías emitidas por las compañías aseguradoras. Así, las garantía constituida mediante la póliza de caución mantiene, con respecto a la obligación principal, el carácter de accesoria, no sólo en cuanto a su nacimiento, sino también en cuanto a su subsistencia.

c) No subsidiariedad

Al igual que con respecto a la accesoria, discute la doctrina acerca del contenido y significación de la subsidiariedad, que no es más que una consecuencia inmediata de la naturaleza sustitutiva de la obligación del fiador que cumple en lugar del deudor principal. Siguiendo a GUILARTE ZAPATERO⁷⁸, recogemos, a continuación, las posiciones doctrinales más relevantes al respecto:

a) Quienes consideran que la subsidiariedad caracteriza a la fianza en la medida en que el fiador debe cumplir sólo su obligación si el deudor no cumple la suya. Consecuencia de la misma es el beneficio de excusión, que se concibe como un deber o carga del acreedor de ejecutar previamente al deudor⁷⁹. Ahora bien, dado que este beneficio puede desaparecer –en los casos en que haya renunciado al mismo el fiador, en los supuestos de fianza solidaria⁸⁰, o bien porque lo ha perdido por alguno de los supuestos previstos por la ley–, entiende este mismo sector doctrinal que nos encontramos, no ante un elemento esencial, sino natural de la fianza⁸¹.

⁷⁶ «L'assicurazioni dei rischi...», pp. 664 y ss.

⁷⁷ Así, menciona, MUNGARI («L'assicurazioni dei rischi...», p. 664, nota 8), entre otros, a PORTALE, «Fideiussione e Garantievertrag», en *Le operazioni bancarie*, vol. II, Milano, 1978, p. 1.054; RASCIO, «La fideiussione omnibus», Premese per una discussione del tema», en *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 21; RESCIGNO, «Il problema della validità delle fideiussioni omnibus», en *BBTC.*, 1972, II, p. 92; MACCARONE, «Considerazioni sulla validità della c.d. fideiussione omnibus», en *Bancaria*, 1972; BENATTI, «Il contratto autonomo di garanzia», en *BBTC.*, 1982, pp. 171 y ss.; RAVAZZONI, «Le cosiddette cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie», en *Le operazione bancarie*, vol. II, Milano, 1978, pp. 1.033 y ss.; MOLLE, «In tema di contratto autonomo di garanzia», en *Bancaria*, 1980, I, pp. 387 y ss.

⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁷⁹ Ello no impide, como se desprende del artículo 1.834 del CC, que el acreedor demande al fiador juntamente con el deudor principal, quedando a salvo, en todo caso, el beneficio de excusión.

⁸⁰ De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1970 reconoce que la subsidiariedad desaparece cuando se establece la solidariedad entre deudor y fiador, por cuanto este último pasa a ser considerado como si de un deudor principal se tratase, pudiendo los acreedores dirigirse directamente contra el mismo, prescindiendo del deudor principal, o contra ambos –deudor y fiador– simultáneamente. No obstante, y como analizaremos más adelante, si bien es cierto que en la fianza solidaria la subsidiariedad desaparece frente a terceros –esto es, en relaciones externas–, en las relaciones internas entre deudor y fiador las obligaciones de ambos se mantienen en distintos planos.

⁸¹ Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2.^a, p. 325; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, Madrid, 1946, tomo IV, vol. II, p. 479.

⁸⁰² b) Quienes consideran que la subsidiariedad es elemento esencial de la fianza, con independencia de que en algunos supuestos desaparezca el beneficio de excusión, que no es sino una consecuencia de orden práctico de la misma. Y ello porque –para este sector doctrinal– 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. Es decir, que –con independencia de que el fiador ejercite su derecho de orden–, siempre cumplirá «en lugar de», estando, pues, ambas obligaciones (la del deudor y la del fiador) en grados o planos distintos.

Pues bien, por lo que respecta a la subsidiariedad, nada impide que consideremos al seguro de caución como una fianza, tanto si aceptamos una como otra teoría. Si consideramos que la subsidiariedad se concreta en el beneficio de excusión, es evidente que, en el seguro de caución, lo único que sucede es que el garante –compañía aseguradora– renuncia expresamente al beneficio de excusión, renuncia que es plenamente válida si tenemos en cuenta que tal beneficio se configura como una excepción oponible frente a la reclamación del acreedor –asegurado⁸².

Por el contrario, si consideramos que la subsidiariedad es un elemento esencial de la fianza que no se restringe al beneficio de excusión –teoría a la que nos adherimos–, podemos afirmar que la subsidiariedad aparece como elemento esencial dentro del seguro de caución, en la medida en que la eficacia de la garantía que de él deriva está subordinada –como señala MUNGARI⁸³– al éxito de la denuncia formal de incumplimiento ejercitada por el acreedor garantizado (asegurado). En definitiva, aun cuando el asegurador renuncie al beneficio de excusión, podrá siempre oponerse a la pretensión del asegurado si éste no demuestra el incumplimiento del tomador. Incluso en los supuestos en el que la garantía es «a primer requerimiento», se mantiene la subsidiariedad, ya que –con independencia de sobre quién recaiga la carga de probar el incumplimiento– la producción del mismo será siempre indispensable para que el asegurador resulte obligado a pagar⁸⁴.

d) Onerosidad del seguro de caución

Por último, cabe mencionar aquí, como posible criterio para excluir el carácter fideiusorio del seguro de caución, el hecho de ser un negocio oneroso⁸⁵, frente al tradi-

⁸² De hecho, el artículo 114 de la Ley de Contratos del Estado (y en concordancia con él, el artículo 357 del Reglamento General de Contratación del Estado) establece, con carácter general para todos los contratos celebrados por aquél, que «las fianzas prestadas por personas o entidades distintas del contratista quedan sujetas en todo caso a las mismas responsabilidades que si fuesen constituidas por el propio adjudicatario. En este supuesto, incluso cuando la fianza se preste mediante aval, no se podrá utilizar el beneficio de excusión a que se refieren los artículos 1.830 del Código Civil y concordantes».

⁸³ «L'assicurazioni dei rischi finanziari...», p. 664.

⁸⁴ Véase el capítulo VIII, correspondiente al seguro de caución y las garantías a primera demanda.

⁸⁵ Vide. FONT GALÁN, «Natura e disciplina...», pp. 231-232.

cional carácter gratuito de la fianza. Este argumento es, sin embargo, difícilmente sostenible, por cuanto la redacción del artículo 1.823 del Código Civil es clara al respecto: «la fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso»⁸⁶.

Para GAMBINO⁸⁷, tal criterio no es admisible, en la medida en que la fianza puede, y así lo muestra la práctica comercial, ser onerosa. Además, en su opinión, el criterio de la falta de espontaneidad del asegurador frente a la actuación espontánea del fiador, cuestión conectada con la anterior, ha de ser, por las mismas razones, rechazada.

Por todo lo expuesto, y coincidiendo con la doctrina actual mayoritaria, opinamos que la obligación que –en virtud del seguro de caución– asume el asegurador ha de calificarse como de fideiusoria, en la medida en que el seguro de caución está destinado a proteger al asegurado frente al incumplimiento del tomador-deudor y, más concretamente, a salvaguardar el interés económico de aquél en la obligación garantizada. Además, teniendo en cuenta la función caucional de la póliza, esto es, la sustitución de una garantía de tipo real, su finalidad no puede ser otra que aquella figura a la que sustituye: garantizar el cumplimiento de una obligación. No obstante, aunque la doctrina que sostiene que la posición que ocupa el asegurador es la de un fiador es mayoritaria, no existe acuerdo a la hora de determinar, no ya la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador, sino la naturaleza contractual de la póliza de caución.

En relación con este problema, las posiciones doctrinales son muchas y muy variadas, si bien todas tienen algo en común, que admiten y se mueven en torno a la concurrencia de elementos típicos de la fianza y del seguro. Así, señala LA TORRE⁸⁸ que todos los autores, en mayor o menor grado, tienden a buscar cuáles son las notas características del seguro de caución, en orden a determinar el esquema que le es aplicable –fideiusorio o asegurativo–. No obstante, y salvo casos aislados de intransigencia en un sentido u otro, la mayoría de la doctrina opta bien por una posición intermedia, bien por la aceptación de la prevalencia –sin exclusión– de una figura sobre otra.

Por todo ello, las soluciones adoptadas abarcan desde la fianza «pura» o «atípica», al «subtipo innombrado de fianza», al contrato mixto o, incluso, al negocio indirecto. Precisamente el estudio de estas diferentes soluciones será el objeto del siguiente capítulo.

⁸⁶ Señala GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios...*), p. 57) que, ante la clara dicción del precepto, no cabe negar el carácter de fianza a la onerosa, a pesar de los autores que sostienen la tesis contraria. Entre estos últimos se encuentra MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, 1921, tomo XII, pp. 192 y 193), para quien, en caso de mediar estipulación de remuneración al fiador, la situación se calificará de seguro o de comisión, pero nunca de fianza.

⁸⁷ GAMBINO, «Fideiussione, fideiussio indemnitatiss, ...», pp. 61 y ss.

⁸⁸ LA TORRE, «Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla c.d. polizza fideiussoria», en *Scritti di Diritto Assicurativo*, Milano, 1979, p. 111.

c) Convenio celebrado

CAPÍTULO SEXTO

Seguro de caución y contrato de fianza

la ley obliga que el juez sobre el robo en uno obtenga la correspondencia del art. 1.823 del Código Civil, que establece que el acuerdo entre las partes implicadas, la ley o una decisión judicial no solo crea una obligación, también tiene la función de fideiusoria, es decir, el acuerdo para que el deudor cumpla con sus obligaciones de acuerdo al pago de la fianza.

Una vez admitida la naturaleza fideiusoria¹ de la obligación asumida por el asegurador, hemos de plantearnos cómo se articula la inclusión de una obligación de tal naturaleza en el marco contractual de una póliza de seguro².

Para ello, la primera pregunta a la que se ha de responder es si es posible reconducir el esquema contractual del seguro de caución al del contrato de fianza³.

¹ Tal y como lo concibe la doctrina italiana, «come sottotipo innominato di fideiussione»: BERRI, «Assicurazioni fideiussoriae scadenza dell'obligazione principale a norma dell'art. 1957 Cod. civ.», *Giur. it.*, 1964, I, p. 106; FOSCHINI, «Assicurazioni fideiussoria natura e tipo negoziale», *Nouva riv. dir. comm.*, 1957, p. 238; FRAGALI, «Fideiussione e assicurazione», BBTC, I, 1953, p. 151; GIANANI, «Le assicurazioni dell'attività bancaria», en *Profilo di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano, 1985, p. 59; MOLLE, «Fideiussione bancarie e assicurazione fideiussorie», BBTC, 1953, I, p. 445; RAVAZZONI, «Sulla applicabilità dell'art. 1957 alle così detta cauzioni fideiussorie», *Foro pad.*, 1964, I, p. 170; TAORMINA, «Natura delle assicurazioni fideiussorie», *Foro pad.*, 1957., p. 919. En cuanto a la jurisprudencia italiana, pueden consultarse: Cass. 17-6-1957. núm. 2.299; Cass., núm. 221, 1963; Cass., 9-6-1975, núm. 2.297 (BBTC, 1976), p. 59); Cass., núm. 2.548, 1978; Cass., 6.132, 1979; Cass., 3.457, 1981; Cass., 6.155, 1982.

² Así, señala LA TORRE («Polizza fideiussoria, assicurazione e temporaenea importazione», en *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pp. 90-91) que el seguro de caución tiene una estructura compleja, en la que se enmarcan tres posiciones subjetivas: deudor, acreedor y garante; tal complejidad hace que aún cuando el seguro tenga, al menos en apariencia, una función fideiusoria, no exista acuerdo acerca de la unidad o duplicidad de las relaciones jurídicas existentes, así como sobre la calificación contractual de la póliza de seguro de caución.

³ Establece el art. 1.823 del C.C., párrafo 1.^º, que «La fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso». De ello parece inferirse que son tres las posibles fuentes de constitución de la obligación de fianza: el acuerdo de voluntades entre las partes implicadas, la ley o una decisión judicial. Sin embargo, y como señala ALBALADEJO en *Derecho Civil*, tomo II, p. 425, en realidad la ley o la decisión judicial no son directamente fuente de la obligación de fianza sino del deber de celebrar un contrato de fianza. Por ello, y en opinión de este autor, podemos hablar de contratos de fianza libres o debidos, refiriéndose esta última denominación a los supuestos de fianzas legales y judiciales. En un sentido similar se expresa GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, p. 51) al señalar que «la convencional o voluntaria representa el régimen normal, la legal se caracteriza, fundamentalmente, porque el fiador que ha de darse en tal caso debe reunir las cualidades prescritas en el art. 1.828 y la judicial porque, además de esto, no otorga al fiador el beneficio de excusión».

A) Modalidades del contrato de fianza

Señala DIEZ PICAZO⁴ que el negocio dirigido a constituir una obligación de fianza puede revestir, en atención a los sujetos intervenientes, tres modalidades:

a) Contrato celebrado por todos los interesados en el nacimiento de la obligación de fianza, esto es, entre deudor, fiador y acreedor. Se trata de un negocio jurídico plurilateral⁵ plenamente válido para la constitución de la fianza. En estos casos, la intervención del deudor hace surgir a su cargo una obligación de retribución a favor del fiador⁶.

b) Pacto o contrato celebrado entre deudor y fiador que, de ser aceptado por el acreedor, lleva a la misma solución anterior. Por el contrario, si el acreedor no lo acepta, entiende DIEZ PICAZO que no surge una verdadera fianza, sino una mera relación *inter partes*, por la que el promitente queda obligado, frente al estipulante, a pagar por él en lugar de no hacerlo éste. El cumplimiento de tal obligación da lugar a un supuesto de pago hecho por un tercero. El problema que hemos de plantearnos en estos supuestos es, siendo la aceptación del acreedor requisito necesario para la constitución de la fianza, cómo ha de calificarse la situación existente hasta el momento de dicha aceptación. Al respecto, existen, según DIEZ PICAZO, dos soluciones posibles:

- Considerar que nos encontramos ante la parte preliminar e incompleta de un negocio complejo de formación sucesiva, teoría a la que el propio DIEZ PICAZO se adhiere.
- Considerar que nos encontramos ante un negocio celebrado a favor de un tercero.

GUIARTE ZAPATERO⁷, por su parte, parece reticente a la primera solución por entender que el contrato preliminar de fianza habrá de tener, como elementos personales, a los sujetos intervenientes en el contrato definitivo –acreedor y fiador– y consistirá, por tanto, en una promesa hecha por el fiador al acreedor de celebrar con él un futuro contrato de fianza. No obstante, reconoce que también la teoría del negocio a favor de un tercero plantea dificultades por entender que sólo la aceptación del acreedor genera la obligación propia del fiador.

Ambos planteamientos serán analizados más adelante en relación con el seguro de caución.

⁴ DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.^a ed., Madrid, 1986, pp. 598 y ss.

⁵ Señala al respecto RAVAZZONI (*La fideiussione*, Milano, 1957, pp. 148-149) que es necesario distinguir entre negocio plurilateral y contrato plurilateral. En el primero –supuesto que nos ocupa–, existe una pluralidad de declaraciones de voluntad autónomas que operan en dirección y conforma a intereses distintos. Por el contrario, en el contrato plurilateral existe también una pluralidad de declaraciones de voluntad, pero dirigidas todas en este caso a un mismo fin. Por eso en el contrato plurilateral surgen –para los sujetos intervenientes– obligaciones de idéntico contenido.

⁶ Vide. GUIARTE ZAPATERO, *op. cit.*, p. 53 y RUIZ VADILLO, *Derecho Civil*, 18.^a ed., Logroño 1991-1992, p. 594.

⁷ *Op. cit.*, p. 55.

c) Convenio celebrado entre acreedor y fiador que, en principio, ha de entenderse plenamente válido para la constitución de la fianza⁸. Según GUILARTE ZAPATEIRO⁹, en este caso, y siempre que no exista vinculación con otro acuerdo entre deudor y fiador, la fianza puede ser gratuita u onerosa. Será unilateral y gratuita si el acreedor –en contraprestación a la seguridad que obtiene a través de la fianza– no asume ninguna obligación frente al fiador o al deudor (ello no obsta para que pueda asumirla en un contrato o negocio distinto, anterior o posterior); será onerosa y bilateral si el acreedor –como equivalencia a la obligación asumida por el fiador– se obliga a una determinada prestación a favor de éste o del deudor.

B) Contrato preparatorio y contrato a favor de terceros

Es en el segundo de los supuestos señalados anteriormente –contrato celebrado entre deudor y fiador y aceptado posteriormente por el acreedor– donde ha de encuadrarse el seguro de caución. No obstante, y dado que, como hemos mencionado, no existe acuerdo acerca de cómo calificar el convenio entre deudor y fiador en la fase anterior a la aceptación, conviene aquí hacer mención de las teorías que configuran al seguro de caución como un contrato preparatorio¹⁰ y las que lo consideran como un contrato a favor de un tercero.

a) El seguro de caución como contrato preparatorio o precontrato

Antes de nada, conviene poner aquí de manifiesto la serie de problemas tanto terminológicos como doctrinales que supone la teoría del contrato preliminar y, en estrecha vinculación con la misma, la del precontrato. Así, son muchos los autores que distinguen contrato preliminar y precontrato¹¹, otros identifican contrato preparatorio y precontrato y, por último, no falta quienes niegan la existencia de ambos, calificándolos de «engendro del conceptualismo jurídico».

⁸ Cuestión distinta es la de dicho pacto que exige, para su eficacia, la conformidad del deudor o, al menos, la no oposición del mismo. Al respecto, entiende DIEZ PICAZO (*Op. cit.*, 1986, p. 599) que, aun cuando el tenor literal del artículo 1.823 (que establece que la fianza puede constituirse «no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consistiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste») parezca admitir la constitución de la fianza en contra de la voluntad del deudor, ha de entenderse que, en estos casos, es de aplicación el art. 1.158 del C.C.

⁹ *Op. cit.*, p. 53.

¹⁰ Tesis que ha servido para negar la naturaleza asegurativa del seguro de caución (*vide infra*), al entender que si el fin perseguido por las partes es la constitución de una fianza, la póliza no es sino un negocio preparatorio (designa las partes intervenientes, fija el importe de la fianza, su duración, los casos en que ésta es exigible, etc.).

¹¹ *Vid.* OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte General)*, Granada, 1986, p. 191. Para un estudio muy completo, *vide* PALERMO, *Contrato preliminare*, Padova, 1991.

Son contratos preparatorios aquellos que sirven como medio para la celebración de otros, es decir, contratos con una función instrumental. Por tanto, implican siempre la concurrencia de dos contratos, uno principal y otro que prepara el desenvolvimiento de éste. Este mismo esquema, aplicado al seguro de caución¹², supondría la existencia de:

- Un acuerdo celebrado entre el deudor y el asegurador que, primero, tiene por objeto la obligación de que este último preste fianza, segundo, se perfecciona con la estipulación de la póliza y, tercero, está destinado únicamente a regular las relaciones internas entre deudor y garante.
- Un segundo negocio, que resulta de la aceptación de la póliza por parte del acreedor y que constituye el verdadero contrato de fianza, con respecto al cual desempeña el primero la función de precontrato o contrato preparatorio.

Esta teoría, que fue sostenida en una Sentencia del Tribunal de Milán de 1956, ha sido, como señala LA TORRE¹³, totalmente superada. (De hecho, la citada sentencia fue posteriormente casada por la Corte Suprema).

Por su parte, entiende BREHM¹⁴ que la teoría del precontrato podría servir, en principio, para sostener la naturaleza asegurativa del seguro de caución. Así, podría pensarse que el seguro de caución, concluido entre deudor y asegurador, tiene por objeto regular las relaciones entre ambos (pago de la prima, duración, delimitación de la garantía, etc...). Una vez que el acreedor ha aceptado, aparece ya el verdadero contrato de fianza, deviniendo así inútil el contrato de seguro (que no es sino un precontrato).

Esta teoría es, sin embargo, y en opinión del autor, susceptible de crítica. El precontrato es, en sí mismo, un contrato, en virtud del cual los contratantes se obligan a cooperar para la celebración de un contrato futuro. De ello se deduce que, una vez que se ha celebrado ese segundo contrato (contrato principal), el contrato preparatorio se extingue. Ello, aplicado al seguro de caución supone que el acuerdo entre deudor y asegurador (contrato preparatorio que se concreta en la póliza) habrá de extinguirse tan pronto como se produzca la aceptación del acreedor. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. La propia redacción de las pólizas, en las que se incluyen cláusulas que fijan la vigencia temporal de la cobertura prestada por el asegurador, ponen de manifiesto que la voluntad de las partes es que el seguro de caución subsista paralelamente a la garantía –fianza– prestada por el asegurador.

¹² LA TORRE, «Polizza fideiussoria...», *op. cit.*, p. 91.

¹³ *Op. cit.*, p. 91.

¹⁴ BREHM, *L'assurance-cautionnement*, Ed. P.G. Keller, Winterthur, 1960, pp. 12 y ss.

b) *El seguro de caución como negocio a favor de terceros*¹⁵

En sentido estricto, contrato a favor de un tercero es aquel en que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero, que, sin embargo, no ha tenido participación directa ni indirecta en la celebración del negocio y que, por tanto, no queda obligado por él¹⁶. Al contrato a favor de un tercero se refiere nuestro Código Civil en el párrafo segundo del artículo 1.257 al establecer que, cuando un contrato contuviere una estipulación en favor de un tercero, «podrá este último exigir el cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada». De ello se deduce que el contrato a favor de un tercero se caracteriza por:

1. Supone la existencia de tres partes. Por un lado, los contratantes, que concertan el negocio, y el tercero a quien beneficia. En cuanto a los contratantes, se designa como promitente a aquél que se compromete a realizar la prestación a favor del tercero y estipulante a aquél que incluye en el contrato la prestación en favor del tercero. Este último recibe la denominación de beneficiario.

2. Genera tres relaciones diferentes: a) relación entre estipulante y promitente, designada como «relación de cobertura». Esta relación –como señala DIEZ PICAZO¹⁷– es distinta antes y después de la aceptación del beneficiario. Antes de la aceptación, las partes pueden poner fin al contrato por mutuo acuerdo o disolverlo por incumplimiento de una de las partes –si era un contrato sinalagmático–. Después de la aceptación, queda limitado el poder de revocación de la estipulación, siendo irrelevantes para el tercero las posibles circunstancias que pudieran dar lugar a la extinción de la relación contractual; b) relación entre el estipulante y el beneficiario, o «relación de valuta». Es la relación subyacente entre el beneficiario y el estipulante, que se configura como la causa de la atribución patrimonial que el tercero recibe (puede ser una *causa donandi*, *causa credendi* o *causa solvendi*); c) relación entre el promitente y el beneficiario, en la medida en que el beneficiario aparece como el sujeto activo de una relación –normalmente obligatoria– de la que es sujeto pasivo el promitente.

¿Es el esquema del negocio a favor de un tercero aplicable a las relaciones surgidas del seguro de caución?¹⁸

¹⁵ Vide. FRAGALI, «Fideiussione», en *Commentario al cod. civ.*, Roma-Bologna, 1957, sub art. 1.936, p. 177; RAVAZZONI, «Sulle c.d. polizze fideiussorie», nota a la Sentencia de App. Milano, 10 enero de 1956, en *Foro it.*, 1957, I; STOLFI, «Natura giuridica dell'assicurazione cauzioni», en *Assicurazioni*, 1958, I, pp. 61 y ss.; TONNI, «Disciplina legale e convenzionale delle polizze fideiussorie», en *Assicurazioni*, 1957, II, pp. 133 y ss.

¹⁶ PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, 3.^o ed., Padova, 1933.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 287 y 288.

¹⁸ Estrechamente ligada a esta cuestión es la ya mencionada de si cabe constituir una relación de fianza a través de un contrato a favor de tercero. Al respecto entiende RAVAZZONI (*op. cit.*, pp. 155 y ss.) que es perfectamente posible constituir una obligación de fianza por el simple acuerdo entre fiador y deudor, sin necesidad de que haya un comportamiento cooperativo por parte del acreedor, dejando a salvo, como es lógico, la necesaria aceptación del acreedor para que ese contrato a favor de tercero genere un derecho por él exigible.

En opinión de un amplio sector doctrinal, la respuesta ha de ser afirmativa¹⁹. Es decir, el seguro de caución, sería —en palabras de TONNI²⁰— un contrato de fianza a favor de tercero, garantía asumida en virtud del acuerdo entre deudor y fiador.

En esta misma línea, y dentro de la doctrina española, se mantiene FONT GALÁN²¹, que, tras el examen concreto de las pólizas y habiendo analizado las declaraciones de voluntad de las partes, la naturaleza de las obligaciones asumidas por éstas, la función económica del contrato y la finalidad práctico-social perseguida, llega a la conclusión de que el contrato celebrado ante el que nos encontramos es de fianza. Dentro de la consideración jurídica fideiusoria, entiende este autor que la fianza que surge a cargo del fiador está construida sobre la estructura negocial del contrato a favor de un tercero. De este modo, el deudor-tomador ocuparía la posición jurídica de estipulante, el asegurador la de promitente y el asegurado la de tercero en cuyo favor se realiza el contrato. A tal conclusión no se opone el hecho de que en algunas cláusulas se haga referencia a ciertos términos propios del ámbito asegurativo (prima, si-niestro...), ya que ello responde, como afirma DONATI²² a la nostalgia asegurativa de los aseguradores al extender su campo de operaciones a sectores que no son específicamente asegurativos.

De lo dicho se concluye que del seguro de caución, cuya estructura negocial es la de un contrato a favor de un tercero, surgen, entonces, tres grupos de relaciones distintas:

a) Relación de cobertura, entre promitente y estipulante. No es otra que el propio seguro de caución, del cual surgen, junto al derecho en favor del beneficiario²³

En contra de la consideración de que la fianza se constituye a través de un negocio a favor de terceros: IPPOLITO, R., «Assicurazioni di responsabilità e poliza c.d. fideiussoria», en *Assicurazioni*, 1985, p. 94) quien nos remite a la obra de CASTELLANO, «Assicurazione per conto altrui, contratto a favore di terzo e sostituzione», en *Riv. dir. civ.*, 1963, I, pp. 556 y ss.

¹⁹ *Vide*, en este sentido, DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni private*, vol. II, Milano, 1954, p. 80; FRAGALI, «Il rapporto fra assicuratore-fideiussore e debitore garantito», in *Assicurazioni*, 1975, II, pp. 123 y ss.; ID, voz «Assicurazione» en *Nuvissimo digesto italiano*, p. 529; FONT GALÁN, «Natura e disciplina giurídica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni», en *Assicurazioni*, I, 1976, p. 236; GAMBINO, «Fideiussione, fideiussio indemnitas e polizze fideiussorie», en *Riv. Dir. comm.*, 1960, II, p. 57, y TONNI («Disciplina legale...», *op. cit.*, p. 133) para quien la póliza documenta un contrato de fianza a favor de un tercero.

²⁰ En la doctrina belga, la opinión general es que es ésta en presencia de un contrato a favor de tercero. *Vide* VAN RYN y HEENEN, *Principes de droit commercial III*, núm. 2.392, Bruxelles, 1965 (frente a otras teorías que consideran que es una delegación pura, un mandato o un contrato de comisión), ANDRÉE, *Assurance et responsabilité des tiers*, Liège, 1962, p. 209.

²¹ «Disciplina legale...», *op. cit.*, p. 137.

²² «Natura e disciplina...», *op. cit.*, pp. 216 y ss.

²³ DONATI, «Natura giurídica delle c.d. polizze fideiussorie», en BBTC, 1957, II, p. 80.

No entraremos a analizar aquí (pues creemos que, en lo que a nuestro estudio atañe, no tiene consecuencias prácticas relevantes) la cuestión de si la aceptación del beneficiario es requisito imprescindible para que surja el derecho a su favor o si, por el contrario, el derecho a favor del tercero puede surgir sin necesidad de la aceptación de éste, que aparece entonces como presupuesto de la exigibilidad del derecho que limita la facultad de revocación de estipulante y promitente.

—que es su efecto más importante²⁴—, otra serie de derechos y obligaciones (como son, por ejemplo, la obligación del tomador de pagar la prima, el derecho de reembolso a favor de la entidad aseguradora, etc...).

Esta relación, como hemos señalado anteriormente, adquiere diferentes matices en función de que se produzca o no la aceptación del beneficiario —asegurado.

Antes de la aceptación, pueden asegurador y tomador desistir del contrato de mutuo acuerdo y, siendo el seguro de caución un contrato sinalagmático, podrá cualquiera de ellos resolverlo si la otra parte no cumple aquello a lo que se había obligado. De otra parte, antes de la aceptación, no podrá el beneficiario exigir nada del promitente. Sin embargo, y como señala DIEZ PICAZO, la aceptación del beneficiario no es parte integrante ni requisito para la perfección del contrato, lo cual, aplicado al caso que nos ocupa, implica afirmar que, incluso antes de la aceptación del asegurado, el contrato de seguro es perfecto. Y ello aun cuando el despliegue de sus efectos fundamentales —nacimiento de la garantía— esté condicionado a la aceptación del asegurado. Ello supone, desde luego, rechazar de pleno la teoría del contrato de seguro de caución como contrato preparatorio o precontrato, por cuanto la aceptación del beneficiario no supone la aparición de un segundo contrato, sino simplemente es la condición para que se produzca uno de los efectos derivados del propio contrato de seguro de caución.

Una vez producida la aceptación del beneficiario, el negocio despliega ya todos sus efectos y, en concreto, se hace el derecho del asegurado exigible frente a la compañía aseguradora; y ello sin que puedan afectarle ya las circunstancias que hubieran podido invalidar el contrato. Ello nos explicaría el porqué —y contrariamente a lo previsto, en nuestro ordenamiento jurídico, por el artículo 15 de la LCS— el impago de las primas por parte del tomador no afecta para nada a la obligación de la compañía aseguradora frente al beneficiario.

Por lo que respecta a la aceptación del beneficiario, el Código Civil la configura como requisito esencial para que el derecho a favor del tercero sea exigible, al señalar en su artículo 1.257.2º, que para que se pueda exigir el cumplimiento de lo estipulado, es necesario que, previamente, el tercero beneficiario, haga saber su aceptación al obligado. Como señala SÁNCHEZ GUILARTE²⁵ en relación a las garantías bancarias —si bien entendemos que ello es también aplicable al caso que nos ocupa—, tal notificación no se produce normalmente en la práctica, ya que el requerimiento de la garantía se incluye en el contrato principal. Y ello porque —quizás—, como señala el mismo autor, cuando el Código Civil habla de la necesidad de aceptación del tercero, lo hace pensando en los casos

²⁴ Al respecto, entiende DIEZ PICAZO (*op. cit.*, p. 283) que, aun cuando del tenor literal del artículo 1.257 (que se refiere al contrato que contuviere *alguna* estipulación a favor de un tercero) parezca deducirse que sólo es una parte del contrato la que se estipula a favor del tercero —quedando la otra a salvo para el estipulante—, no parece, sin embargo, que exista inconveniente en admitir un contrato en el cual la total prestación del promitente haya de ser recibida por el tercero.

²⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias: las cartas de “patrocinio” y las garantías “a primera demanda”», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, pp. 711 y ss.

en que ese tercero ignora la estipulación que en su favor se ha hecho. Esta previsión del Código Civil es en nuestro supuesto superflua, ya que, no sólo es que el beneficiario –asegurado– no ignora la existencia de la garantía, sino que la constitución de la misma responde, muchas veces, a sus exigencias. Otros autores, como ECHENIQUE²⁶, opinan que, en estos casos, se produce la tácita aceptación del beneficiario.

b) Relación de valuta entre estipulante y beneficiario. Es la causa que justifica la atribución patrimonial que –por indicación del estipulante– hace el promitente al beneficiario. En cuanto al seguro de caución, habremos de preguntarnos qué es lo que justifica que el tomador celebre el contrato de seguro en favor del asegurado o, en otras palabras, cuál es el interés del tomador en que se establezca –en nuestro caso– una garantía a favor del asegurado.

Normalmente, y como ya hemos visto, lo que mueve al tomador a contratar un seguro de caución es el sustituir la obligación de prestar una caución real, obligación que puede tener un origen legal o convencional. Desde ese punto de vista, entendemos que la causa subyacente en la relación de valuta es una *causa solvendi*.

c) En virtud de la aceptación –por parte del beneficiario– del seguro de caución, surge, a favor de éste y a cargo de la compañía aseguradora –promitente– una obligación que no es otra que una obligación de fianza. En este sentido, hemos de recordar que la obligación de fianza es una obligación autónoma entre fiador y acreedor²⁷.

Se ha señalado asimismo, en favor de la aceptación de esta teoría, el hecho de que gran parte de la doctrina²⁸ considera al seguro de caución como un seguro por cuenta ajena, tipo de seguro que, a su vez, es encuadrado también por un amplio sector doctrinal como perteneciente a la categoría de los contratos a favor de tercero. Así, por ejemplo, TIRADO SUÁREZ²⁹ afirma que cuando el tomador –que está obligado a un cierto comportamiento frente al acreedor o tercero– contrata el seguro de caución, no pretender amparar su propio patrimonio, sino el patrimonio del tercero frente a los posibles daños sufridos por el tercero a consecuencia de su incumplimiento (cuestión distinta es que el tomador se vea, en muchos casos, impelido a realizar tal seguro). En sentido similar, señala OLIVENCIA 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»³⁰.

²⁶ ECHENIQUE, «Garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones», en *RDBB*, núm. 5, enero-marzo 1982, pp. 147 y ss.

²⁷ *Vide*. SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, tomo IV, Madrid, 1973, p. 534.

²⁸ *Vide*, entre otros, TIRADO SUÁREZ, «Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros», en *Contratos Bancarios*, 1992, p. 819; EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica», en *La Ley*, 1986, II, p. 1.067.

²⁹ «El seguro de caución. Pignoración...», *op. cit.*, pp. 819-820.

³⁰ OLIVENCIA, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 879-880.

Por otra parte, la doctrina dominante ha venido considerando el seguro por cuenta ajena como un negocio a favor de tercero³¹, basándose para ello en dos aspectos fundamentales; por un lado, en el hecho de que las obligaciones que emergen del seguro por cuenta ajena recaen sobre el patrimonio del tomador y no sobre el del asegurado y, por otro lado, en que los derechos resultantes del contrato –en especial el derecho al pago de la prestación– corresponden al asegurado.

C) Otras teorías acerca de la naturaleza jurídica del seguro de caución

Tanto la teoría del contrato preparatorio como la teoría del contrato a favor de tercero parten de la consideración de que el seguro de caución es un contrato de fianza. Las teorías que ahora vamos a exponer parten, en mayor o en menor medida, de la consideración de que en el seguro de caución aparecen elementos tanto del ámbito fideiusorio como asegurativo.

a) Teoría del negocio indirecto

Algunos autores han tratado de explicar el esquema contractual del seguro de caución reconduciéndolo al de un negocio indirecto, sobre la base de la existencia de una divergencia entre el fin querido por las partes y el esquema negocial usado, en la medida en que las partes concluyen un contrato de seguro cuando lo que realmente persiguen es la constitución de una fianza.

Así, para TAMBURRINO³², no se puede negar que el seguro de caución representa un supuesto de negocio indirecto y, más concretamente, una «fianza indirecta». El fin querido es el de constituir una fianza –fin característico y típico– pero el medio utilizado no es el esquema típico del contrato de fianza, sino un medio distinto, como es la póliza de seguro –en definitiva, se está utilizando el esquema asegurativo-. Este carácter de negocio indirecto va a determinar –en opinión del autor– el régimen jurídico aplicable. Así, siguiendo la teoría del negocio indirecto, las cuestiones relativas a la forma habrán de regirse por las normas reguladoras del negocio celebrado –en este caso el contrato de seguro–. Por lo que se refiere al contenido del negocio, se aplicarán las normas reguladoras del negocio cuyo fin se

³¹ DONATI, *op. cit.*, 1956, pp. 67 y ss.; FAVARA, «Intorno alla natura giuridica dell'assicurazione per conto di chi spetta», en *Giustizia Civile*, 1962, I, p. 951; FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni*, Napoli, 1949, p. 46; PICARD Y BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Paris, 1964, I, p. 381; HALPERIN, *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 1964, p. 485; STOLFI, «Appunti sull'assicurazione per conto di chi spetta», en *Assicurazioni*, 1936, I, p. 286.

³² TAMBURRINO, «Appunti sulla natura e sulla disciplina della cosiddetta assicurazione fideiussoria», en *Assicurazioni*, 1970, pp. 531 y ss.

ha conseguido indirectamente –en este caso, el régimen jurídico aplicable será el de la fianza.

Esta tesis ha sido, no obstante, objeto de numerosas críticas, hechas desde posiciones doctrinales muy diversas.

Para un amplio sector doctrinal, la teoría del negocio indirecto quiebra desde el momento en que se comprueba que el seguro de caución no es un contrato de seguro, sino un verdadero contrato de fianza. Así, RAVAZZONI³³ entiende que no es admisible el razonamiento de TAMBURRINO³⁴, en la medida en que su referencia al esquema del seguro obedece a razones puramente nominalistas, como es el hecho de que se hable de «seguro de caución», el que uno de los sujetos intervenientes sea una compañía de seguros o el que la suma que el deudor se obliga a pagar al garante se denomine «prima».

En su opinión, se podría, en todo caso, hablar de negocio indirecto en la medida en que se está utilizando un esquema negocial concreto –la fianza–, al que se añaden determinadas cláusulas con la intención de alcanzar los efectos propios de un negocio distinto –constitución de una caución real–. Es decir, habría que hablar de «caución indirecta». Pero tampoco esta tesis es sostenible, ya que, sin entrar a analizar la teoría del negocio indirecto, ha de entenderse que la estructura fundamental del mismo consiste en la realización de un determinado negocio buscando la consecución de un fin que es ajeno al mismo. Y es evidente que ello no sucede en el seguro de caución, ya que la finalidad de la fianza es la misma que la de la caución: garantizar al acreedor que su crédito será satisfecho.

En la misma línea se sitúa FONT GALÁN³⁵, para quien, una vez afirmado que el seguro de caución es un contrato de fianza, es evidente que no existe divergencia alguna entre el fin querido por las partes y el esquema negocial utilizado: las partes han celebrado un contrato de fianza –contrato a favor de tercero– que es perfectamente susceptible de generar una correlativa obligación de fianza.

Desde ópticas distintas, y sin afirmar la naturaleza fideiusoria del contrato de seguro de caución, CARRASCO PERERA³⁶ rechaza la teoría del negocio indirecto, por entender que admitirla supondría admitir que el ordenamiento jurídico está poniendo a disposición de los contratantes un tipo contractual determinado con el fin de éstos puedan, a través del mismo, realizar intereses que son ajenos al contrato elegido y propios de otro contrato.

³³ RAVAZZONI, «Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie», en *Assicurazioni*, 1973, pp. 552 y ss.

³⁴ «Appunti sulla natura...», *op. cit.*, pp. 531 y ss.

³⁵ «Natura e disciplina...», *op. cit.*, p. 236.

³⁶ CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriiedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 109.

b) *Teoría del negocio complejo o mixto*

Debido a que en el seguro de caución aparecen elementos comunes al contrato de fianza y al contrato de seguro, se ha desarrollado la teoría de que al seguro de caución ha de otorgársele una naturaleza compleja o mixta³⁷.

DE ZULIANI³⁸ explica la adopción de esta teoría por parte de la jurisprudencia italiana al tomar ésta conciencia de la imposibilidad de definir categóricamente figuras en las que aparecen elementos legales de varios institutos. Ello provoca que la disciplina jurídica que se ha de aplicar sea —como consecuencia de la teoría de la absorción y en atención a la «función fideiussoria del instituto»— la de la fianza.

También GAMBINO³⁹ ha hecho referencia a la admisión de esta teoría por la jurisprudencia italiana. Concretamente se refiere a la Sentencia de la Corte de Casación de 26 de mayo de 1981. En ella se señalaba que en el seguro de caución se mezclan elementos de la fianza, del contrato autónomo de garantía, así como del seguro. De ello se deduce que, si bien habrán de aplicarse preferentemente las normas de la relación jurídica predominante —en opinión del Tribunal la garantía frente al tercero beneficiario—, no obstante, y para la solución de problemas específicos, se aplicará una regulación distinta. Así, por ejemplo, y por lo que se refiere a las controversias referidas a la propia relación de seguro, se aplicará la disciplina asegurativa.

En nuestra opinión, no le es aplicable al seguro de caución esta teoría, puesto que existe sólo una causa: la de garantía⁴⁰. Además, ésta es una teoría estéril a la hora de determinar la naturaleza jurídica de nuestra figura, pues el calificar a un instituto como de naturaleza compleja no quiere decir que no sea encuadrable dentro de un esquema negocial en atención a su causa, sino que su causa sería «nueva» y formaría un tipo autónomo.

Ello nos permite afirmar que la naturaleza mixta del seguro de caución no puede servir de parapeto para negar una naturaleza jurídica o para afirmar que ésta es mixta. Así lo demuestran, por ejemplo, las reflexiones de VOLPE PUTZOLU⁴¹, que, tras poner de relieve el carácter mixto del seguro de caución, concluye afirmando que se trata de una práctica asegurativa típica, con una función típica-social propia.

³⁷ Están de acuerdo con esta teoría: GAMBINO, «Fideiussione...», *op. cit.*, p. 57; HERRMANNSDORFER, F., *Seguros privados*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, p. 209, autor para el que el seguro de caución reviste la forma de fianza, «si bien constituye un seguro propiamente dicho»; HOUIIN, «La nature du contract d'assurance-aval et le recours de l'assureur contre le tire desfaillant», en *RGAT*, 1937, tomo 8, p. 17; PICARD y BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit française*, Paris, 2.^a ed. tomo I, pp. 252 y 261; WETS, «De la nature juridique de l'assurance-caution», *Bulletin des Assurances*, 1954, p. 366; LORDI, *Istituzioni di diritto commerciale*, Padova, 1943, tomo III, núm. 54.

³⁸ DE ZULIANI, *Le assicurazioni del credito e delle cauzioni*, Venezia, sine date, p. 20.

³⁹ GAMBINO, «Líneas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca y las nuevas formas técnicas de seguro mixto de vida con prima única», en *RES*, núm. 70, abril/junio, 1992, p. 38.

⁴⁰ En este sentido coincidimos con EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen jurídico...», *op. cit.*, p. 1.076.

⁴¹ VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie e attività assicurative», en *Assicurazioni*, 1981, I, p. 497.

No consideramos del todo adecuada la justificación de la naturaleza de garantía personal del seguro de caución a través de la teoría de los negocios complejos o mixtos, pues significaría el aceptar una causa *mixta*⁴² –causa de seguro y causa de fianza– en la que la inclusión de la «causa seguro» estaría justificada por el empleo de la forma de ese contrato para la obtención de la fianza (causa formal), justificación que no debemos admitir, pues se aparta del esquema de causa como finalidad económico-social perseguida por las partes.

En contra de la teoría del negocio complejo se manifiesta, entre otros, WEILLER⁴³ al señalar que el instituto analizado es una fianza pura y simple, si bien procede de un particular acuerdo entre el deudor y la entidad aseguradora.

En nuestra doctrina, también CARRASCO PERERA⁴⁴ ha hecho la crítica a tal teoría, por entender que no es posible aceptar que la voluntad negocial sea, en relación con el seguro de caución, divisible. Es decir, no es admisible que tomador y asegurador pretendan dos finalidades empíricas distintas.

También en contra se encuentran FONTAINE⁴⁵ y CUTRERA⁴⁶.

c) Teoría del negocio jurídico atípico

En íntima relación con la anterior, esta teoría califica al seguro de caución como un contrato de garantía personal de naturaleza atípica. La atipicidad vendría dada por la inclusión de modificaciones parciales al negocio de la fianza que la convierten en un «subtipo innominado de fianza».

Son muchos los autores, así como en algunos casos la jurisprudencia⁴⁷, los que están de acuerdo con esta afirmación, ya que bajo la óptica de esta teoría es relativamente fácil explicar el porqué de la convivencia, en la figura objeto de estudio, de elementos característicos de la fianza con otros elementos que son propios del ámbito asegurativo.

Así, LA TORRE⁴⁸ entiende que nos encontramos ante un «sottotipo innominato di fideiussione» y, como tal, el régimen jurídico aplicable será el resultante de la integración de las normas reguladoras de la fianza y de las propias del contrato de seguro. Sus conclusiones prácticas son –entre otras– las siguientes:

⁴² Al modo que lo configuró CARIOTA-FERRARA en su obra *Teoria del negocio giuridico nel Diritto privato italiano*, p. 197.

En contra de la admisibilidad de la causa mixta: DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 1985, p. 209.

⁴³ WEILLER, «Se l'assicurazione fideiussoria sia un contratto misto», en *Bancaria*, 1958, p. 1.467.

⁴⁴ *Op. cit.*, 1992, p. 110.

⁴⁵ FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles, 1966, p. 246.

⁴⁶ Referido por DE ZULIANI, en *Le assicurazioni del credito...*, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁷ Esta tesis es la que parece mantener la Corte Suprema italiana.

⁴⁸ LA TORRE, «Polizza fideiussoria...», *op. cit.*, pp. 94-95.

- a) Al no ser el seguro de caución un contrato de seguro, se concluye que:
- 1) la falta de riesgo asegurable no da lugar a la nulidad del contrato por falta de causa;
 - 2) el incumplimiento doloso del tomador del seguro –deudor principal– no exime al asegurador de su deber de pagar.
- b) Al ser genéricamente un contrato de fianza, se deduce la existencia de un derecho de reembolso a favor del asegurador –una vez que ha pagado–, cuyo fundamento está en el artículo 1.950 del Código Civil italiano⁴⁹;
- c) De su naturaleza de subtipo innominado de fianza se deriva la validez de la obligación de pagar la prima, obligación que –a cargo del deudor y a favor del asegurador– no tiene la consideración de recíproca con respecto a la obligación del asegurador de pagar en caso de incumplimiento;

Esta teoría ha tenido gran acogida en nuestra doctrina. Podemos así reseñar los trabajos de EMBID IRUJO⁵⁰ quien concluye, en varios comentarios a sentencias del Tribunal Supremo, que nos encontramos «con un tipo innominado de fianza».

- d) *Teoría del aval en sentido amplio*

Recientemente se ha iniciado una corriente jurisprudencial tendiente al reconocimiento de lo que se ha denominado «aval en sentido amplio». Concretamente, ha sido BLANCO CAMPAÑA⁵¹ quien, en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1980, ha puesto de manifiesto la ampliación que se ha venido produciendo en el concepto de aval, en la medida en que éste no designa exclusivamente a la fianza o garantía cambiaria, sino que con el término «aval» se alude también a otras prácticas del tráfico mercantil, tales como: 1) garantías prestadas por los bancos en favor de sus clientes; 2) garantías personales que, en ocasiones, concurren en los préstamos y otras operaciones de financiación bancaria; 3) garantías prestadas por la sociedades de garantía recíproca; 4) garantías prestadas en cumplimiento de los convenios de suspensión de pagos.

A ello añade BLANCO los precedentes contenidos en sentencias del Tribunal Supremo anteriores a la por él comentada. En particular, se ha referido a las de 7 de diciembre de 1968 y 24 de noviembre de 1978. En la primera de ellas se señala que

⁴⁹ En el mismo sentido que el artículo 1.838 de nuestro Código Civil.

⁵⁰ EMBID IRUJO, J. M., «Aval, fianza y seguro de caución», *La Ley*, año XIII, núm. 2.954, pp. 6 y ss.; ID., «El seguro de caución: régimen jurídico...», op. cit., pp. 1.064 y ss.; ID., «Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 21 de abril de 1989», *La Ley*, año XI, núm. 2.459, pp. 1 y ss.; ID., «El seguro de caución como garantía», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 695 y ss.

⁵¹ BLANCO CAMPAÑA, «Aval cambiario y aval como contrato de garantía» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1980), en *RDBB*, núm. 7, 1982, pp. 677 y ss.

«la doctrina moderna admite el aval no sólo como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, sino en sentido más amplio, como un contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos». En la segunda, se afirma que «no se está en presencia de una simple fianza convencional, sino de un contrato complejo, autorizado por el principio general de autonomía privada contenido en el artículo 1.255 del Código Civil».

De todo ello concluye el autor la existencia de una idea de aval en sentido amplio, entendido éste como contrato de garantía. Tal planteamiento ha sido posteriormente recogido por el Tribunal Supremo, que, de hecho, incluyó en los considerandos de la Sentencia de 11 de julio de 1983 una parte importante del comentario de BLANCO.

Por lo que a nosotros respecta, el elogiable trabajo de BLANCO nos parece de especial interés, en tanto en cuanto el seguro de caución puede incluirse en la categoría de «aval en sentido amplio». Con ello, no sólo se haría hincapié en su función eminente de garantía, sino que, además, se explicaría la inclusión de cláusulas «a primer requerimiento», que, como veremos, pueden dar lugar a la aparición de una garantía independiente.

No obstante, no hemos de olvidar la serie de problemas que, desde un punto de vista práctico, presenta la teoría del «aval en sentido amplio». En efecto, en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983, DELGADO ECHEVERRÍA⁵², sin dejar de considerar acertado el fondo de la sentencia, destaca la falta de concreción acerca de qué haya de entenderse por «aval en sentido amplio». En particular, y tras avisar de los peligros de una utilización retórica del término para eludir las reglas de la fianza, se plantean las siguientes preguntas: ¿tiene o no la obligación del avalista los caracteres de accesoria, subsidiariedad, independencia, solidaridad...?; ¿cómo se regula el derecho de regreso y subrogación?; ¿qué excepciones puede oponer el avalista?; ¿qué preceptos –si hay algunos– de la fianza regulada en el Código Civil se aplican a esta figura?

Estos inconvenientes ya habían sido observados por el propio BLANCO y derivan de la falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico del contrato de garantía como tipo normativo. Incluso, el propio BLANCO deja una puerta abierta al estudio posterior de las cuestiones que, en su opinión, presentan mayor complejidad. Concretamente se refiere primero, a la delimitación del contrato de garantía frente al de fianza; segundo, a la posible aplicación al contrato de garantía –con carácter subsidiario– de la regulación relativa a la fianza y, tercero, a la determinación del carácter accesorio o autónomo de la obligación derivada de dicho contrato.

Teniendo todo esto en cuenta, no podemos, al menos por ahora, limitarnos tan sólo a considerar el seguro de caución como incluible dentro del concepto amplio de

⁵² DELGADO ECHEVERRÍA, Comentario a la STS de 11 de julio de 1983, en *CCJC*, núm. 3, pp. 859 y ss.

aval, dada la falta de concreción sobre qué sea exactamente dicho concepto amplio de aval. En efecto, la simple afirmación de que el seguro de caución es admisible en tal categoría no es suficiente, hoy por hoy, para clarificar la naturaleza jurídica del seguro que nos ocupa. No obstante, sí nos parece importante tener en cuenta esta teoría, por cuanto los posibles estudios que de la misma se hagan en el futuro nos permitirían revisar la propia calificación jurídica del seguro de caución.

COMO CONTRATO DE SEGURO

En la medida en que el seguro de caución es un contrato de seguro, es necesario analizar su naturaleza jurídica en ese sentido. La cuestión es si el seguro de caución es un contrato de seguro o no.

En primer lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En segundo lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En tercer lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En cuarto lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En quinto lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En sexto lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En séptimo lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En octavo lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

En noveno lugar, es necesario recordar que el seguro de caución es un contrato de seguro, ya que es un contrato que protege a una persona de una pérdida que puede ocurrir en el futuro.

CAPÍTULO SÉPTIMO

El seguro de caución como contrato de seguro

Como hemos venido señalando, un sector importante de la doctrina niega el carácter fideiusorio del seguro de caución, manteniendo su naturaleza jurídica asegurativa¹.

TIRADO SUÁREZ² señala los siguientes argumentos para llegar a tal conclusión:

- 1) Que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984, las pólizas de caución constituyen actividad propia y típica de las entidades aseguradoras.
- 2) La presencia de una empresa de seguros, circunstancia que va a ser determinante del sometimiento a las reglas de técnica aseguradora en lo que se refiere a bases y tarifas del seguro, principio de mutualidad, determinación de las primas... En este sentido, señala el autor³ que «frente un sector doctrinal que postula la naturale-

¹ Así, podemos recordar, entre otros, IPPOLITO, «Assicurazione di responsabilitá e polizza c.d. fideiussoria», en *Assicurazioni*, 1985, pp. 92 y ss.; SACERDOTI, «Aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano», en *Assicurazioni*, 1956, I, p. 278; SALEM, *La assicurazioni del credito. Polizze fideiussorie. Cauzione*, Milano, 1959, pp. 57 y ss.; STOLFI, «Natura giuridica dell'assicurazione cauzione» en *Assicurazioni*, 1958, I, pp. 61 y ss.

En cuanto a la doctrina española, pueden consultarse: BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, p. 573; DEL CAÑO, *Derecho español de seguros*, Madrid, 1983, pp. 282 y ss.; GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, pp. 350 y ss. (que entiende que el seguro aval «constituye a la vez una operación de seguro y una operación de banca»); OLIVENCIA, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 867 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1993; p. 593; TIRADO SUÁREZ, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, tomo XXIV, vol. 2.^º, pp. 416 y ss.; URIA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1993, p. 732; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo II, Barcelona, 1990, pp. 567 y ss.

² TIRADO SUÁREZ, «Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, pp. 817 y ss.

³ TIRADO SUÁREZ, en «Los seguros contra daños», en *Derecho Mercantil*, tomo II, coordinado por JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Barcelona, 1992, p. 582.

za de fianza del seguro de caución o aval, parece evidente la naturaleza asegurativa del mismo habida cuenta de la presencia de una entidad aseguradora (...) y de la propia disciplina comunitaria, que ha modificado aquellos ordenamientos, como el francés, que sólo permitía a la banca esta operación»⁴.

3) Que la tutela del riesgo asumido tenga como fundamento «la delimitación del riesgo a asegurar por parte del tomador-deudor realizada en la declaración pre-contractual».

En nuestra opinión, y aunque pueda parecer –en principio– contradictorio con las conclusiones vertidas al final del capítulo IV, estos autores están, en gran medida, en lo cierto al afirmar la naturaleza asegurativa del contrato de seguro de caución. No obstante, y antes de exponer nuestras conclusiones finales al respecto, queremos hacer una breve referencia a ciertos aspectos del seguro de caución que, en relación con el contrato de seguro en general, nos parecen, por los problemas que generan, especialmente interesantes.

Ahora bien, antes de analizar dichos aspectos, nos parece imprescindible hacer una breve referencia al principio indemnizatorio, dado que es precisamente dicho principio el que suscita gran parte de los interrogantes a los que nos vamos a referir.

A) Necesaria referencia al principio indemnizatorio⁵

La idea de que el seguro tiene como finalidad «la reparación o indemnización de un daño» y que «jamás puede procurar un enriquecimiento para el asegurado» es la manifestación del llamado principio indemnizatorio⁶.

⁴ En concreto, se refiere el autor al anexo a la Directiva 24-VII-73 sobre libertad de establecimiento, DOCE 16-VIII, y a la Directiva de 22-VI-87, en materia de seguro de crédito y de caución, DOCE 4-VII. En cuanto a la normativa comunitaria podemos mencionar también la Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo relativa a las garantías prestadas por entidades de crédito o compañías de seguros (89/C 51/06), donde se declara que deben de ser aceptadas las garantías que presten cualquier entidad de crédito o compañía de seguros (artículo 1).

⁵ También llamado «principio indemnitorio», término que utiliza parte de la doctrina. Vide GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 134; VICENT CHULIA, «Concepto y caracteres del contrato de seguro» en *Commentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, tomo I, Madrid, 1982, p. 138, quizás influida por la traducción directa de la expresión francesa «principe indemnitaire» (en italiano «teoria indennitaria», en alemán «Bereicherungsverbot»).

⁶ Para un estudio de la evolución del concepto de contrato de seguro y su vinculación al principio indemnizatorio, *vide*: PERDIKAS, «Lineamenti di una teoria sulla storia e sul concetto del contratto di assicurazione», en *Assicurazioni*, 1973, pp. 280 y ss.; URIA, «Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico de seguro», *RDM*, 1962, p. 266; VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, p. 470.

Este principio tiene como finalidad evitar, por un lado, la degeneración del seguro hacia las apuestas⁷, y, por otro, la posibilidad de realización voluntaria del siniestro por parte del asegurado.

Por ello podemos afirmar que las operaciones de seguro, desde un principio, han estado caracterizadas por su finalidad reparadora o indemnizadora, carácter que es ya exigido por el legislador en las primeras normas reguladoras de las operaciones de seguro, tanto en el Derecho español como extranjero⁸. Asimismo, pueden encontrarse formulaciones aproximadas del mismo en obras de antiguos estudiosos del seguro, tales como *De sponsionibus*, de STRACCA.

No obstante, y en opinión de GARRIGUES⁹, estas leyes no recogieron el principio indemnizatorio «sino de un modo indirecto», para posteriormente afirmarlo de una manera expresa.

En la actualidad, el principio indemnizatorio ha sido, en opinión de WEENS¹⁰, aceptado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, constituyendo lo que el autor denomina como «axioma fundamental indiscutible». En el mismo sentido se manifiesta URIA¹¹, para quien el principio, recogido en las viejas leyes y referido a los seguros marítimos, se acabará extendiendo al resto de los seguros de cosas. De esta forma, el carácter indemnizatorio se convirtió en una base sólida para el estudio de la esencia jurídica del contrato de seguro, lo que justifica que todas las teorías acerca de la naturaleza de dicho contrato hayan tomado la teoría indemnizatoria como punto de partida.

El admitir que todos los seguros son contratos de indemnización, además de permitir la obtención de un concepto unitario de los mismos¹², va a significar que

⁷ Es curiosa, al respecto, la opinión de VIVANTE (*Una nuova teoria dei contratti d'assicurazione*, Roma, 1891, p. 5), que considera que precisamente en las operaciones de apuesta puede encontrarse el origen del contrato de seguro. En contra de esta tesis, cfr. BENSA, *Il contratto di assicurazione nel medioevo*, Bologna, 1884, pp. 85 y ss.; DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni private*, Milano, 1952 tomo I, p. 67; FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles, 1966, p. 36; GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des handelsrecht*, Stuttgart, 1891, pp. 366 y ss.; WEENS, *L'assurances de choses contrat d'indemnité*, Paris, 1927, pp. 3 y ss.

Cosa distinta de considerar a la apuesta como antecedente del seguro, es el entender la aproximación de ciertas prácticas de los seguros de vida, en donde no existe una verdadera mutualidad de riesgos, a las apuestas, dando lugar a los denominados «seguros-apuesta». Cfr. MENÉNDEZ, «Preliminar. Artículos 1 a 4», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, tomo I, Madrid, 1982, p. 89.

⁸ Vb. gr., Ordenanzas de Barcelona de 1435, 1458 y 1484; Ordenanza de Burgos de 1538; Ordenanza de Bilbao de 1560; Ordenanzas de San Sebastián de 1682, así como en obra anónima *Guidon de la Mer*.

⁹ *Op. cit.*, 1983, p. 134.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 25, si bien el autor sólo concibe la aplicación de dicho principio a los seguros de cosas.

¹¹ «Orientaciones modernas...», *op. cit.*, p. 267.

¹² Para GIANDOMENICO (*Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 152, nota núm. 25), la función indemnizatoria es la que mejor explica la causa unitaria del contrato en la doctrina francesa y alemana de la segunda mitad del XIX.

todas las prácticas responden a una misma causa: la de indemnizar; es decir, la función económico-social del seguro es la de reparar un daño.

Si bien el principio era aplicable, en su origen, a todo tipo de operaciones de seguro¹³, la aparición de los seguros de vida llevó a la doctrina a cuestionarse, por vez primera, la validez del principio indemnizatorio como exigencia de toda práctica asegurativa. Y ello en la medida en que si la aplicación de dicho principio significaba, entre otras cosas, que el asegurador sólo debía indemnizar el daño efectivamente sufrido y que dicho daño sólo podía ser evaluado tras la producción del siniestro, esto no era posible en algunos tipos de seguros de personas (por ejemplo, en los seguros de vida para el caso de muerte), en los que la evaluación del daño se realizaba en el momento de la conclusión del contrato. Dicho problema dio lugar a diferentes soluciones.

Algunos autores se mostraron partidarios de la llamada «teoría dualista», que propugnaba la existencia de dos tipos o grupos de seguros; por un lado, los seguros de cosas, a los que les es aplicable el principio indemnizatorio y, por otro, los seguros de personas, a los que no les es aplicable dicho principio. Los primeros se designaron como «seguros de indemnización» y los segundos como «de capitalización»¹⁴. En definitiva, el desarrollo de los seguros de personas significaba la ampliación del concepto de seguro y la pérdida del carácter axiomático del principio indemnizatorio¹⁵.

Otros autores optaron por una nueva formulación de la teoría indemnizatoria¹⁶, en atención al factor interés y con un concepto más amplio de indemnización. Así, se distingue entre seguros de indemnización objetiva –en los que el importe de la indemnización se fija posteriormente a la realización del siniestro y coincide con el daño producido– y seguros de indemnización subjetiva –en los que la indemnización se fija en el momento de la formalización del contrato¹⁷.

¹³ Recordemos, como apunta URIA («Orientaciones modernas...», *op. cit.*, p. 267), que este principio surgió en el ámbito de los seguros marítimos, extendiéndose posteriormente al resto de los seguros de cosas.

¹⁴ Frente a la teoría que identifica los seguros de personas con operaciones de capitalización, algunos autores entendieron que dichas operaciones no eran propiamente seguros. Así, DEVOTO («Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazioni» en *Saggi in scienze assicurative*, tomo I, Pisa, 1935, p. 61), tras destacar la finalidad resarcitoria de los seguros de daños, y ante la ausencia de dicha finalidad en los seguros de personas, afirma que «el negocio de seguros sobre la vida se avecina sin duda al negocio de juego».

¹⁵ MEERSCH («La notion de l'intérêt dans l'assurance-vie», *Bulletin des assurances*, 1963, p. 27), extiende también a los seguros de responsabilidad la dificultad de aplicar el principio indemnizatorio.

¹⁶ Son partidarios de esta teoría: ANCEY, C., *Théorie des operations d'assurance*, Paris, 1904, p. 359; ASCARELLI, «Elissi di lunga vita e interesse nell'assicurazione», *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, pp. 1.146 y ss.; BUTTARO, «Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazioni nella dottrina italiana» en *Atti del Primo Congreso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni*, tomo I, Milano, pp. 277 y ss., libro al que remitimos para mayor información acerca de la nueva teoría indemnizatoria.

¹⁷ En nuestra doctrina, esta revalorización de la teoría indemnizatoria fue posible gracias a los estudios de GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, pp. 133 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, pp. 575 y ss.; TRAVIESAS «Sobre el contrato de seguro terrestre», *RDP*, 1933, pp. 297 y ss., y URIA, *Orientaciones modernas*, pp. 274 y ss.

Ahora bien, por lo que a nosotros atañe, parece unánimemente aceptado¹⁸ que, con independencia del problema de la admisibilidad de la función indemnizatoria en los seguros de personas, los seguros de cosas cumplen dicha función reparadora. Incluso el propio VIVANTE¹⁹ —que no acepta la validez general del principio para todas las prácticas de seguro— afirma que «en el seguro sobre las cosas, la finalidad de resarcimiento constituye la causa jurídica del contrato». También GARRIGUES²⁰ 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»²¹.

Teniendo en cuenta que el seguro de caución se ha calificado tradicionalmente como seguro de daños, será necesario analizar hasta qué punto se mantiene en él el principio indemnizatorio, cuestión esta que estudiaremos en relación con la determinación del riesgo y su asegurabilidad.

B) El riesgo

De entre las distintas cuestiones que surgen con ocasión del estudio del riesgo en el seguro de caución, dos son de particular interés y exigen un estudio más detallado en nuestro trabajo. Nos referimos, concretamente, a la delimitación del riesgo y su consideración como riesgo asegurable.

¹⁸ En la doctrina italiana, pueden consultarse MOSSA, *Compendio del Diritto di assicurazione*, Milano, 1936, pp. 14 y ss., y VITERBO, «Il contratto di assicurazioni», *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, pp. 61 y ss.

¹⁹ Cfr. ANCEY, *L'assurance. Sa technique, son mécanisme, ses méthodes appliquées aux affaires commerciales et financières*, Paris, 1933, p. 171; BARLETTA CALDARERA, «Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione», en *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni*, tomo I, Milano, 1962, p. 381; DONATI, *op. cit.*, 1956, p. 8; GASPERONI, *Le assicurazioni*, Milano, 1966, p. 12; HERMARD, *Theorie et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1925, tomo II, pp. 35 y 39; HERRMANNSDORFER, F., *Seguros privados*, Barcelona, 1933, p. 10; MITCHELL, «La notion de sinistre dans les assurances de dommages», *RGAT*, 1973, p. 680; PELLINO, R., *Le assicurazioni*, Milano, 1989, p. 27; PICARD y BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, Paris, 1938-1945, tomo I, núm. 17.

En cuanto a la doctrina española, véase DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., *La liquidación del siniestro en el seguro contra daños en las cosas*, Barcelona, 1989, p. 90; GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 326; ID., «El interés en el seguro», *Revista Española de Seguros*, 1975, pp. 10 y 14; LAS HERAS SANZ, «Acerca del concepto jurídico unitario del seguro en todas sus especies o clases», en *Atti del Primo Congreso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni*, tomo I, Milano, 1962, p. 461; VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, pp. 497 y 529.

²⁰ VIVANTE, *Del contrato de seguro, de la prenda, del depósito en los almacenes generales*, traducción al castellano por SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1952, tomo I, p. 29.

²¹ *Op. cit.*, 1983, p. 134.

²² En el mismo sentido, WEENS («L'intérêt d'assurance», *Bulletin des Assurances*, 1927, p. 149) destaca el papel del interés que permite una exacta aplicación del principio indemnizatorio en los seguros de cosas (el daño realmente sufrido por el asegurado es el valor de su interés). Con respecto al interés y su conexión con el principio indemnizatorio, *vide* FONTAINE, *op. cit.*, 1960, pp. 52 y ss., para quien todo seguro tiene carácter indemnizatorio en la medida en que «todo seguro supone la presencia de un interés». El interés es, pues, la base de la concepción unitaria del contrato de seguro.

a) *Delimitación del riesgo*

En la doctrina se reflejan distintas teorías, diversas sin duda a causa de las diferentes consideraciones que se hacen del seguro de caución como seguro de crédito en sentido amplio, en la medida en que seguro de caución y seguro de crédito (en sentido estricto, esto es, de insolvencia²²), pueden ser clasificados como seguros de crédito por razón del «objeto» asegurado: un derecho de crédito.

Así, para algunos autores, el seguro de caución, al aparecer necesariamente vinculado al seguro de crédito, cubre el mismo riesgo que éste: la insolvencia del deudor²³.

Para otros autores, sin embargo, y aun aceptando tal vinculación, ambas formas de seguro cubren riesgos distintos: la insolvencia del deudor es el riesgo propio del seguro de crédito, mientras que el riesgo en el seguro de caución no es sino el mero incumplimiento.

Por último, existe una minoría de autores que rechaza toda vinculación entre el seguro de crédito y el seguro de caución, entendiendo que cubren riesgos distintos sobre objetos diferentes.

La doctrina mayoritaria se ha decantado por la segunda de las soluciones —el riesgo cubierto por el seguro de caución se identifica con el incumplimiento del deudor principal—, lo que ha suscitado el interrogante de si el riesgo, así entendido, es compatible con el principio indemnizatorio, en definitiva, si es un riesgo asegurable o no.

Antes de entrar a analizar esta compleja cuestión, conviene hacer una breve exposición de los autores que identifican el riesgo —en el seguro de caución— con la insolvencia del deudor.

1. El riesgo cubierto es la insolvencia.

La vinculación del seguro de caución al seguro de crédito ha significado, para algunos autores, una identificación de estos seguros en razón del riesgo cubierto, la

²² Acerca de la distinción entre seguro de crédito en sentido estricto y en sentido amplio, *vide* TIRADO SUÁREZ, «El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español» apéndice al libro de BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 656.

²³ Curiosamente, IPPOLITO («Assicurazione...», *op. cit.*, pp. 93 y 97) y en contra de la doctrina dominante (como el propio autor indica), identifica completamente el seguro de crédito con el de caución, y lo hace en atención al riesgo cubierto, que no es la insolvencia, sino el incumplimiento del deudor. La diferencia entre ambas modalidades de seguro —nos dice— debe buscarse en la posición del contratante: en el seguro de crédito es el acreedor el que asegura su propio interés (seguro por cuenta propia), mientras que en el seguro de caución es el deudor el que contrata y lo hace por cuenta ajena, pues lo hace en favor del acreedor. Para este autor, ambos seguros tienen una misma función indemnizatoria: el cubrir el daño derivado del incumplimiento del deudor independientemente de que éste sea mora, incumplimiento definitivo, o insolvencia.

pérdida o el deterioro del crédito, que sólo puede estar causada por la insolvencia del deudor. Esta vinculación es, en nuestra opinión, posible, ya que es indudable que ambos seguros protegen, de forma general, al crédito.

No obstante, obtener una visión conjunta de ambos seguros en atención al riesgo cubierto nos parece, si no erróneo, sí al menos confuso, pues entendemos que una visión globalizadora de estos seguros sólo puede ser realizada teniendo como punto de vista lo que constituye el «objeto» sobre el que recae el interés asegurado²⁴ –el crédito–, pero nunca en atención al riesgo. Como veremos más adelante, estos seguros cubren riesgos bien distintos, si bien adelantamos que, en líneas generales, uno y otro se diferencian por el grado de incumplimiento²⁵. Así, en el seguro de crédito el riesgo viene constituido por la insolvencia, lo que deviene en incumplimiento, mientras que en el de caución es el simple incumplimiento.

A pesar de ello, conviene analizar aquí algunas de las teorías que parten de una mayor o menor identificación de la insolvencia como riesgo cubierto en el seguro de caución.

- Teoría del riesgo principal y del riesgo restrictivo

El principal sostenedor de esta teoría es el profesor BREHM²⁶, para quien el riesgo del seguro de caución no es sino la insolvencia del deudor, riesgo también cubierto por el seguro de crédito. Dada esta identidad de riesgos, establece el autor la diferencia entre ambos seguros en atención a la existencia de un segundo riesgo en el seguro de caución: el denominado riesgo «restrictivo».

Continuando con su exposición, entiende BREHM que las condiciones generales de las pólizas de seguro de caución se ocupan de describir el evento que, una vez producido, hace que nazca la pretensión del asegurado de recibir la indemnización. Este evento –que no es una condición de la insolvencia– al ser dañoso, futuro, incierto y fortuito, presenta los caracteres propios de todo riesgo. Este «segundo» riesgo concurre con el riesgo principal –insolvencia– y lo restringe, en la medida en que la insolvencia del deudor no obliga –por sí sola– a intervenir al asegurador, éste únicamente indemnizará cuando se produzca el segundo riesgo (el evento descrito en la póliza).

En conclusión –nos dice el autor–, para que haya un siniestro en el seguro de caución, es necesaria la realización simultánea del riesgo principal (insolvencia) y del riesgo restrictivo (precisamente es este segundo riesgo restrictivo el criterio utilizado por el autor para clasificar las distintas modalidades del seguro de caución: malversación, caucional, aval, de protesto...etc.).

²⁴ Vide., OLIVENCIA «Seguros de caución...», *op. cit.*, p. 875.

²⁵ Vide, GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 350; MONNETE, DE VILLÉ Y ANDRÉ, *Le traité des assurances terrestres*, París, 1949, pp. 224 y ss.

²⁶ BREHM, *L'assurance-cautionnement*, Winterthur, 1960, pp. 26 y ss.

De todo ello no cabe sino concluir que el riesgo cubierto por el seguro de caución es, en última instancia, el de la insolvencia, que se configura como riesgo único, ya que la realización de los hechos o circunstancias descritos en la póliza, si no van acompañados por la insolvencia, no dan lugar a la prestación del asegurador.

El llamado «riesgo restrictivo» no constituye, en nuestra opinión, un verdadero riesgo, al menos no un riesgo cubierto por medio de este seguro. Así, esta especial configuración del riesgo –incumplimiento acompañado de un estado de insolvencia– no responde a las prácticas actuales del ramo, ya que, como puede deducirse de la propia literalidad del artículo 68 de la LCS²⁷, lo que se pretende es cubrir las consecuencias dañosas producidas por el incumplimiento de un deudor y ello con independencia de que éste se encuentre en una situación de insolvencia y que el incumplimiento se haya producido a causa de la misma.

Es más, a nuestro entender, la práctica descrita por BREHM sería un seguro de crédito en sentido estricto –de insolvencia– y, además, mal configurado, pues, ¿qué consideración tendrían las cláusulas recogidas en la póliza que describen las circunstancias (en general del incumplimiento) que dan lugar a la indemnización?

Para BREHM, estas circunstancias forman parte del riesgo. Ahora bien, si entendemos que el único riesgo, como hemos visto, es la insolvencia, estas cláusulas sólo podrían considerarse como presupuestos o indicios de su existencia, pero nunca como una forma de su determinación por vía convencional, ya que la insolvencia es un estado –pasivo mayor al activo– y no parece adecuado entender que el incumplimiento del deudor signifique, sin más, que se encuentre en dicho estado.

Por último, es necesario indicar que el mecanismo contractual descrito por BREHM, coincide con la práctica del seguro-aval descrita por TIRADO SUÁREZ²⁸, que ha sido abandonada por los aseguradores o, cuanto menos, absorbida por las cauciones de carácter financiero que, eventualmente, realizan las compañías de seguro de caución²⁹.

• Teoría del riesgo de tesorería y del riesgo contencioso

Debemos, antes de nada, advertir que algunas de las teorías que se exponen a continuación, si bien persiguen el propósito de determinar el riesgo en el seguro de caución, no se centran exactamente en la misma modalidad de seguro al que nosotros nos referimos, debido a la existencia de diferentes prácticas asegurativas –algunas ya abandonadas– en el momento en que dichas teorías fueron formuladas (*vb.gr.*

²⁷ «Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos...».

²⁸ «El seguro de crédito...», *op. cit.*, p. 690.

²⁹ Con respecto a las dificultades en la cobertura de las garantías financieras, *vide HOYOS ELIZALDE*, «La suscripción de los riesgos de protección al mercado financiero», ponencia en el VII Seminario de Finanzas, Bariloche, noviembre de 1989.

seguro-aval, seguro-protesto, seguro de caución, y seguro de crédito concluido por el deudor). No obstante, estas teorías son, por lo que a nuestro estudio respecta, interesantes, por cuanto todas ellas se basan en el estudio del principio indemnizatorio aplicado al riesgo cubierto por dichos seguros.

En algunos casos, el riesgo cubierto por el seguro de caución se ha explicado bajo la consideración de que la insolvencia admite diferentes grados o bien bajo la consideración del momento en que se hace efectivo el pago. Así, MONETTE, VILLE, y ANDRÉ³⁰ 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 por el deudor hasta la pérdida de este crédito de forma total y definitiva, entendiendo que, mientras que el seguro de crédito cubre el riesgo en su «último estado»³¹ —que no es sino la insolvencia definitiva—, el seguro de caución cubre el riesgo del crédito en su primer estado, que supone cierto grado de insolvencia o, cuando menos, un riesgo de tesorería³².

En opinión de PERCEROU³³, toda relación de crédito viene amenazada por:

1. El riesgo de la pérdida definitiva, total o parcial, como consecuencia de la insolvencia «natural» del deudor o por cualquier otra causa que haga irrecuperable el crédito.
2. El riesgo de pago atrasado, que perturba la tesorería del acreedor y entraña, a menudo, una cierta pérdida de los gastos de reembolso que no son todos, ni siempre, recuperables.
3. El riesgo de gastos por gestión financiera, producido por la eventual imposibilidad de «movilizar» el crédito, en razón de la insuficiencia cualitativa, o de la simple falta de notoriedad del deudor.

En atención a la cobertura de estos diversos riesgos, el autor distingue el seguro-aval y el seguro de caucion, concluyendo que por medio del seguro-aval se cubre el riesgo de tesorería, que él considera asegurable³⁴. Sin embargo, en el seguro de caución, el acreedor no sufre en realidad un verdadero daño, ya que no realiza ningún gasto y, por lo tanto, no se respeta el principio indemnizatorio.

Aun cuando la teoría expuesta por el autor en atención al seguro-aval —que nos es válida por su proximidad con los actuales seguros de caución financieros—, concluye con la afirmación, si bien con reticencias, de la forma asegurativa, resulta curioso que el resultado con respecto al seguro de caución sea distinto, ya que no es conside-

³⁰ *Traité des assurances...*, op. cit., pp. 224 y ss.

³¹ Acerca de los diferentes estados del riesgo *vide* MICHEL, *L'assurance de crédit en droit comparé*, Paris, pp. 19-22.

³² En contra de que el riesgo de tesorería sea asegurable, *vide* DESBROSSES, «L'assurance-crédit et les banques», RGAT, 1930, p. 57.

³³ PERCEROU, «La nature juridique de l'assurance-crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit?», RGAT, 1970, p. 355.

³⁴ *Vide* PERCEROU, op. cit., p. 481.

rado como verdadera actividad asegurativa. Y ello porque «la causa de este contrato reside, no en el interés del beneficiario, sino en el de la persona obligada a prestar caución,... lo que no es sino un interés de tesorería, un interés de financiación, sin ningún carácter aleatorio, por lo que no constituye pues un interés de seguro».

En nuestra opinión, tal planteamiento ha de ser rechazado desde el momento en el que este seguro es por cuenta ajena y tiene siempre por objeto el interés del acreedor –o beneficiario–. El interés del deudor, sin embargo, se sitúa siempre en el contrato o relación jurídica de la que surge la obligación de prestar caución.

En la misma línea se mantiene WETS³⁵, para quien también el seguro de caución es una modalidad del seguro de crédito, entendiendo, igualmente, que la pérdida definitiva no es requisito esencial para la actuación del seguro de caución. Y ello porque ninguna disposición prohíbe que el asegurador «pague» la totalidad del importe del crédito al asegurado en el mismo momento en el que se ha producido el impago por parte el deudor, para posteriormente dirigirse contra el deudor responsable por la vía de la subrogación. Con esto, el riesgo que va a soportar el asegurador no va a ser sino el de la insolvencia del tomador. WETS, que no hace sino describir una práctica habitual de la época, entiende que sólo el momento en el que la indemnización es pagada al acreedor es lo que distingue al seguro de caución del seguro de crédito³⁶. Para WETS, el impago del crédito al vencimiento constituye un verdadero daño, pues el acreedor contaba con una entrada de dinero que, al no producierse, le impedirá el acordar un nuevo crédito, lo que trastornará el funcionamiento de su negocio.

En nuestra opinión, el esquema descrito por el autor, al basarse en la posición que adquiere el asegurador por la vía subrogatoria, no constituye una verdadera operación de seguro, sino que se identifica mejor con las operaciones de *factoring*, y, en concreto, en su modalidad *maturity*, donde el factor asegura el importe de los créditos cedidos, pagándoselos a su vencimiento³⁷.

Otros autores, como VANARD³⁸, aun cuando niegan la forma asegurativa al seguro de caución, entienden que el riesgo que éste cubriría, en última instancia, no podría ser sino el de la insolvencia del deudor. Para llegar a tal conclusión, parte el autor de la consideración de que el impago del crédito a su vencimiento no puede ser identificado como un verdadero riesgo, en la medida en que el acreedor dispone aún de diversos recursos legales para satisfacerse si el deudor tiene activo suficiente. De este modo, y bajo el principio de que, por el mero incumplimiento, el crédito no puede reputarse perdido, la prestación del asegurador sólo puede ser concebida como un adelanto de tesorería o de provisión para cubrir la posible pérdida definitiva del crédito por la insolvencia del deudor.

³⁵ WETS, «De la nature juridique de l'assurance-caution», *Bulletin des assurances*, 1954, pp. 361 y ss.

³⁶ WEETS, *op. cit.*, p. 362.

³⁷ Vide. CAPOTOSTI, «Assicurazioni del credito e "factoring"», en *Assicurazioni*, 1972, p. 521.

³⁸ VANARD, «L'assurance contre les risques de crédit et les problèmes juridiques qu'elle soulève», *RGAT*, 1930, pp. 276 y ss.

Para el autor, cuando el asegurador paga, adquiere –por vía de la subrogación– la posibilidad de dirigirse contra el deudor. Esta subrogación puede tener como resultado que, llegado el momento, el asegurador recupere el importe adelantado al asegurado o, por el contrario, que no pueda recuperarlo porque el deudor se encuentra en estado de insolvencia definitiva. Pues bien, es en este segundo caso donde VARNARD entiende que está el verdadero riesgo del seguro de caución.

Con un planteamiento semejante, HOUIN³⁹ señala que, en todo contrato de seguro-aval⁴⁰ el asegurador cubre un riesgo de insolvencia, pues si bien el asegurador que paga el crédito a su vencimiento no está sino prestando un aval, entiende que también cubre los costes del proceso judicial que se seguirá con el propósito de recuperar el crédito. Estos costes constituyen, en opinión del autor, un auténtico riesgo, al que denomina «riesgo contencioso», en la medida en que dichos gastos no serán recuperables si, concluido el proceso, el deudor deviene insolvente. En conclusión, para HOUIN el seguro de caución constituye un contrato complejo⁴¹ que comprende la prestación de aval –operación ajena al contrato de seguro– y el aseguramiento de los gastos contenciosos o litigiosos, que él considera como gastos de tesorería.

2. El riesgo es el incumplimiento

Si atendemos a la función que cumple el seguro de caución en el tráfico económico, se comprueba que ésta es identificable con la sustitución de un depósito realizado por el deudor, en dinero o títulos, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones, que, al ser líquido, permite al acreedor autosatisfacerse si llegado el momento el deudor no cumple.

Esta función caucional es la que nos permite identificar el riesgo en el seguro de caución, pues al acreedor le induce a exigir la constitución del depósito –como medio que le garantice la indemnización–, la posibilidad de que el deudor incumpla y si aceptamos que el seguro de caución cumple una función caucional –como sustituto del depósito–, 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.

En efecto, señala GAMBINO⁴² 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. Así, en los seguros de caución constituidos a favor de la Administración pública, la garantía del asegurador es sustitutiva del depósito preventivo de una suma (caución) que, como tal, garantiza plenamente a la Administración la posibilidad de autotutela en caso de que se produzca el incumplimiento del deudor.

³⁹ HOUIN, «La nature du contrat d'assurance-aval et le recours contre le tiré defaillance», *RGAT*, 1937, pp. 5 y ss.

⁴⁰ Hace unos años, bajo la denominación de seguro-aval se practicaba un seguro que cubría los créditos que eran impagados a su vencimiento, que tenían un innegable parecido con los seguros de caución, sobre todo con los referidos a cauciones financieras.

⁴¹ *Vide supra*. en capítulo quinto, el apartado «Teoría del contrato mixto».

⁴² GAMBINO, «Líneas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca y las nuevas formas técnicas de seguro mixto de vida con prima única», en *RES*, núm. 70, abril/junio, 1992, pp. 29 y ss.

De este modo, para un amplio sector doctrinal, el riesgo cubierto por el seguro de caución es –como se deduce del tenor literal del artículo 68 de la LCS– el incumplimiento del deudor-tomador de sus deberes legales o contractuales del que se deriva un daño patrimonial para el acreedor.

Así, entiende TIRADO SUÁREZ⁴³ que la diferencia fundamental 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 segundo es un seguro que protege al acreedor contra la insolvencia del deudor.

Para GARRIGUES⁴⁴, el seguro de caución protege al acreedor contra el incumplimiento del deudor. De ello se deduce que la diferencia entre seguro de crédito y seguro de caución no es tanto la esencia como el grado de riesgo al que cada uno se refiere. En efecto, lo que caracteriza al seguro de caución es la entidad del riesgo cubierto, el simple incumplimiento del deudor.

En la misma línea, OLIVENCIA⁴⁵ critica la falta de concreción del legislador, que se limita a enunciar el riesgo cubierto por el seguro de caución –incumplimiento– sin entrar a analizar qué ha de entenderse por tal.

A la misma conclusión ha de llegar tras el análisis de las pólizas de seguro concretas. Así, es frecuente que, a la hora de determinar el objeto y extensión del seguro, la compañía aseguradora se obligue a garantizar una indemnización con límite del capital asegurado, en caso de incumplimiento por el contratante de las condiciones del contrato⁴⁶.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de febrero de 1989 y tras poner de manifiesto que «este contrato de seguro, incardinado entre los llamados de caución, tiene por objeto (...) el resarcimiento de los daños patrimoniales sufridos por el asegurado derivados del incumplimiento por el tomador», admite, en el Fundamento de Derecho núm. 5 que «el riesgo asegurado es, en este caso, el incumplimiento por «X» (tomador) del contrato de ejecución de obra». Como vemos, para el Tribunal Supremo el riesgo asegurado no es el perjuicio sufrido por el asegurado a causa del incumplimiento, sino el propio incumplimiento.

Dentro de la corriente que considera el incumplimiento como riesgo del seguro de caución, conviene hacer aquí mención de la opinión sostenida por un sector doctrinal –especialmente por la doctrina italiana y belga⁴⁷– que, si bien no tiene especiales consecuencias prácticas, sí nos parece interesante, al menos desde una perspectiva

⁴³ *Op. cit.*, 1985, p. 421.

⁴⁴ *Op. cit.*, 1983, p. 350.

⁴⁵ *Comentarios..., op. cit.*, p. 876.

⁴⁶ Entendiéndose por «contrato» áquel que se garantiza mediante la póliza de seguro.

⁴⁷ *Vide*, por todos ellos, en la doctrina italiana DE ZULIANI, *Le assicurazioni del credito e delle cauzioni*, Venezia, *sine date*, que, en su página 9 señala que «il rischio è quello della perdita del valore della obligazione secondaria di dare (a titolo di risarcimiento o rimborso) representata dalla cauzione medesima». Por lo que respecta a la doctrina belga *vide*, FONTAINE, *op. cit.*, 1960.

puramente teórica. En concreto, señalan estos autores que, en efecto, el riesgo cubierto por el seguro de caución es el incumplimiento, pero no el de las obligaciones derivadas de la relación jurídica principal (contrato de ejecución de obra, de suministro...), sino el **incumplimiento de la obligación «secundaria» de prestar caución**. En definitiva, y en opinión de estos autores, lo que persigue el seguro de caución es asegurar –garantizar– la efectividad de la cantidad que, como caución, es debida, en los casos en que hubiera derecho a incautarla.

En nuestra opinión, este planteamiento, que no puede ser fruto sino de la excesiva relevancia dada a la función caucional de la póliza de seguro, ha de ser rechazado por varias razones:

- 1) Porque, como ya hemos dejado bien sentado, la función caucional del seguro de caución significa que la garantía emitida por la entidad aseguradora **sustituye** a la caución que, con ocasión de la celebración de ciertos contratos o la realización de determinadas operaciones, es debida por ciertas personas. Y es evidente que si el seguro de caución sustituye a la caución, primero cumplirá la misma función que ésta –asegurar las obligaciones derivadas de la relación principal en las que se incluye la obligación de prestar caución– y, segundo, en el momento en el que se emita la póliza se habrá cumplido ya la obligación de prestar caución, que, en consecuencia, deja ya de existir.
- 2) Porque, derivado del razonamiento anterior, se llegaría a la conclusión de que el riesgo no existe. En efecto, si la caución debida se puede sustituir por el aval o póliza, nunca se va a dar el caso de incumplimiento de la misma, en la medida en que, llegado el momento en que hubiera derecho a incautar ésta (incumplimiento de la obligación principal), el acreedor tiene la certeza de que obtendrá dicha cantidad dirigiéndose al asegurador.
- 3) Porque, como se deduce de lo dicho, tanto si lo que se asegura es el derecho de crédito derivado de la relación jurídica principal, como si lo que se asegura es el derecho a que la caución sea efectiva, el hecho desencadenante del derecho a la reclamación frente al asegurador es el mismo, el incumplimiento de la obligación principal, que se configura como siniestro, pero, además, con el agravante de que admitir lo segundo supondría una absoluta falta de concordancia entre el siniestro y el riesgo que recae sobre el objeto asegurado.

Una vez concluido que el riego asegurado no puede ser otro que el incumplimiento por el tomador de sus obligaciones derivadas de la relación jurídica principal, hemos de plantearnos la cuestión de si el incumplimiento, como tal, es susceptible de considerarse como riesgo –tal y como se viene entendiendo éste en la tradicional doctrina de seguros– y, más concretamente, si es un riesgo asegurable.

b) Asegurabilidad

Nuestra LCS configura al seguro de caución como un seguro de daños, tanto por la sistemática de su exposición, como por la propia redacción del artículo 68, al de-

clarar dicho artículo que se indemniza al asegurado a título de resarcimiento o penalidad «los daños patrimoniales sufridos». Dentro de la categoría de los seguros de cosas, el seguro de caución se ha considerado, tradicionalmente, como un seguro de daños en el patrimonio⁴⁸.

Del articulado de dicha ley puede deducirse la voluntad del legislador de aplicar el principio indemnizatorio a los seguros de cosas al señalar, en su artículo 26, que «El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro». Este precepto está en consonancia con el artículo 1, que establece que «El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado...». Con ello, en definitiva, se configuran los seguros de cosas con una función puramente reparadora, y ello colocando el interés como objeto del contrato y la función reparadora del daño como causa del mismo.

Teniendo esto en cuenta, el problema que se plantea es si también el seguro de caución tiene, en la práctica⁴⁹, una función indemnizatoria, y, en consecuencia, si el riesgo cubierto por él es o no asegurable.

Dicha cuestión –asegurabilidad o no asegurabilidad del riesgo en el seguro de caución– está íntimamente ligada con la anterior, ya que es admitido por la doctrina que, mientras que el riesgo que supone la insolvencia de un deudor puede ser perfectamente asegurado –en cuanto que presupone la pérdida definitiva de un crédito–, la consideración del incumplimiento como riesgo hace patente la dificultad de encuadrarlo en el esquema clásico del riesgo, en cuanto que éste descansa en la posibilidad de un evento dañoso. Así, señala MENÉNDEZ⁵⁰ que en algunas modalidades del seguro de daños, y, en especial y por lo que a nosotros concierne, en el seguro de caución, quiebra, o al menos parece que quiebra, el principio indemnizatorio, por cuanto es dudosa la existencia de un daño. Es por ello, en su opinión, comprensible que algunos autores, bajo la consideración de que sin daño no hay riesgo, y sin éste seguro, concluyan que el seguro que nos ocupa no es tal, sino un contrato de fianza.

En efecto, un amplio sector de la doctrina italiana⁵¹ ha negado la naturaleza asegurativa del seguro de caución precisamente sobre la base de que en éste no se cubre daño alguno, puesto que sólo la pérdida definitiva del valor de un crédito –pérdida

⁴⁸ *Vide*, al respecto, el capítulo segundo.

⁴⁹ Desde un punto de vista teórico, hay que tener en cuenta que la redacción del artículo 68 y, en especial, el inciso «a indemnizar (...) los daños patrimoniales sufridos», parecen manifestar claramente la intención del legislador de configurar al seguro de caución como de carácter indemnizatorio.

⁵⁰ MENÉNDEZ, «Preliminar. Artículos 1.^º a 4.^º», en *Comentarios...*, 1982, pp. 100-101.

⁵¹ DONATI, *op. cit.*, 1956, p. 294; FOSCHINI, «Assicurazione fideiussoria. Natura giuridica e tipo negoziale», en *Nuova riv. dir. comm.*, 1957, p. 1; FRAGALI, voz «Fideiussione», en *Commentario Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1958, p. 174; MOLLE, «Fideiussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie», en *BBTC*, 1953, I, p. 449.

que no se puede entender producida por el mero incumplimiento—es susceptible de causar un perjuicio patrimonial al acreedor.

Frente a ello, la defensa de la asegurabilidad del incumplimiento se ha hecho desde dos ópticas distintas: *a)* para algunos autores, tal asegurabilidad del incumplimiento se basa en que éste no es incompatible con el principio indemnizatorio; *b)* para otros, sin embargo, la consideración del incumplimiento como riesgo asegurable se basa en la consideración de que el principio indemnizatorio no es elemento esencial del contrato de seguro.

a) Dentro del primer grupo, entiende GAMBINO⁵² que daño asegurable no es sólo la pérdida definitiva de un crédito, sino cualquier lesión de un interés económico. Puesto que —en su opinión— con el incumplimiento se verifica una lesión en los intereses económicos del acreedor, no parece que pueda negarse que, desde un punto de vista jurídico, también ese interés (el del exacto cumplimiento) pueda constituir el presupuesto válido de un contrato de seguro, a través del cual el acreedor quede cubierto del riesgo de incumplimiento.

Con posterioridad⁵³, el propio autor ha vuelto a analizar el problema poniéndolo en conexión con los llamados seguros de lucro cesante o ganancia perdida. En su opinión, podría pensarse que, al menos en apariencia, sólo existe daño —y, por tanto, riesgo asegurable— cuando se produce un daño en un bien. Sin embargo, hay que tener en cuenta que un seguro puede cubrir el lucro esperado o la ganancia perdida. Desde ese punto de vista, puede perfectamente considerarse que «también la garantía de satisfacción de un crédito al vencimiento, es decir, de un beneficio jurídicamente esperado por el acreedor —a través del cumplimiento de una obligación pecuniaria o la conversión en dinero de una prestación de hacer— puede ser, en consecuencia, objeto de un interés asegurable». Además, no se rompe el principio indemnizatorio —como exigencia de que el contrato de seguro no constituya fuente de lucro para el asegurado— en la medida en que, mediante el juego de las acciones de subrogación y reembolso, el asegurado « pierde definitivamente a favor del asegurado el crédito a la suma debida por el obligado principal».

En la misma línea se mantiene VOLPE PUTZOLU⁵⁴, que considera que, en el caso del seguro de crédito a la exportación, cuya naturaleza asegurativa no se ha cuestionado, el riesgo cubierto es el incumplimiento prolongado, que se equipara a la insolvencia del deudor. De ello se concluye que el mero incumplimiento ha de ser también asegurable, ya que el mayor o menor retraso podrá influir en la cuantía del daño, pero nunca en la existencia de éste.

A esa estrecha vinculación entre incumplimiento y daño se ha referido también VICENT CHULIA⁵⁵, para quien «el mero retardo en el cumplimiento produce daños económicos indudables».

⁵² GAMBINO, «Fideiussione, fideiussio indemnitas e polizze fideiussorie», en *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 65.

⁵³ GAMBINO, «Líneas fronterizas...», *op. cit.*, p. 39.

⁵⁴ VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie e attività assicurative», en *Assicurazioni*, 1981, p. 496.

⁵⁵ VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, p. 568.

Además, continúa el autor⁵⁶ señalando que «la asegurabilidad depende de un juicio de oportunidad fundado en la maximización de la utilidad colectiva de la cobertura mutualística, basado en el cálculo actuarial de tales eventos, dañosos o no: en este sentido, el artículo 68 de la LCS ha optado por admitir el seguro de caución como equivalente y en concurrencia con el aval bancario, contra el cobro de una prima calculada matemáticamente».

Por su parte, entiende TIRADO SUÁREZ⁵⁷ que quienes niegan que el incumplimiento supone un daño para el asegurado desconocen que la falta de ingreso de una determinada cantidad de dinero o la falta de cumplimiento de una concreta obligación producen daños efectivos en la economía del acreedor, ya que no sólo hay que tener en cuenta el beneficio económico inmediato que se obtiene con el pago, sino también el futuro empleo de dichos beneficios.

b) Como hemos ya señalado, para otro sector doctrinal el problema se resuelve desde otros planteamientos. Así habrá de admitirse que, si bien es cierto que el principio indemnizatorio aparece siempre en ciertas formas seguro, no por ello ha de configurarse como elemento imprescindible y esencial de todo contrato de seguro.

De este modo, entiende VICENT CHULIA⁵⁸ que la LCS parece adoptar, en cuanto a los caracteres esenciales del seguro, la denominada «teoría dualista». Ello supone que el elemento determinante de la existencia de un contrato de seguro no ha de ser el principio indemnizatorio.

En el mismo sentido, FONTAINE⁵⁹ entiende que el principio indemnizatorio no es esencial en el contrato de seguro, sino una regla externa al contrato destinada a obstaculizar los daños producidos por los siniestros de realización voluntaria.

En nuestra opinión, la única objeción que puede hacérsele a ambos planteamientos –al primero de ellos, en la medida en que la finalidad de garantizar al acreedor el exacto cumplimiento de la obligación del deudor es también la finalidad que persigue la fianza; al segundo, en la medida en que el principio indemnizatorio deja de ser elemento definitivo del contrato de seguro– es la siguiente: ¿qué es, entonces, lo que delimita o caracteriza al seguro de caución frente a otras formas de garantía?

Al respecto, la solución parece que está estrechamente vinculada –como ya había puesto de manifiesto TIRADO SUÁREZ⁶⁰– a la intervención en la conclusión del contrato, de una empresa aseguradora, así como al sometimiento a los principios de técnica asegurativa. Dada la importancia de estos hechos, dedicaremos, dentro de este capítulo, un apartado específico a la relevancia de la calificación profesional del asegurador, apartado al que nos remitimos.

⁵⁶ *Op. cit.*, 1990, p. 497.

⁵⁷ «El seguro de crédito en el ordenamiento...», *op. cit.*, p. 695.

⁵⁸ *Op. cit.*, 1990, pp. 495 y ss.

⁵⁹ «Essai sur la nature...», *op. cit.*, en las conclusiones finales, p. 259.

⁶⁰ *Vide* el comienzo de este capítulo.

C) El siniestro. Intervención del tomador en la producción del mismo

Las consideraciones que los autores hacen del siniestro son muy variadas, pero todos coinciden en que es el momento decisivo del seguro o, como lo califica DE ANGULO RODRÍGUEZ⁶¹, «la hora de la verdad». La importancia y especial significación del siniestro viene determinada por varias circunstancias: *a)* es la materialización del riesgo –causa por la que el asegurado contrata con el asegurador–; *b)* provoca la prestación del asegurador –reparando el daño o indemnizando al asegurado⁶²; *c)* es la contrapartida por el cobro de las primas por parte del asegurador, determinando el equilibrio de las prestaciones entre asegurador y, en nuestro caso, tomador.

La producción del siniestro significa, además, la apertura de una fase nueva en la vida del contrato (liquidación del siniestro o, como se conoce en la práctica aseguradora, gestión de siniestro), fase en la que se valorarán: 1.- La responsabilidad del asegurado antes, durante y después del siniestro (participación en la realización del siniestro, deber de informar al asegurador, etc...); 2.- La legitimidad del asegurado o beneficiario para pedir la indemnización⁶³; 3.- El daño sufrido por el asegurado para determinar la cuantía de la indemnización del asegurador.

Ante la falta de una configuración legal del siniestro, ha sido la práctica aseguradora la que ha elaborado un concepto del mismo. En la doctrina, las definiciones son varias⁶⁴, si bien todas tienen en común la nota de materialización del riesgo previsto en la póliza, que da paso a la prestación del asegurador.

Este esquema presenta en el seguro de caución ciertas peculiaridades:

1.^º En la mayoría de los seguros de daños, la cuantía de la indemnización se fija con posterioridad al siniestro, cuando se calcula el daño sufrido por el asegurado. En el seguro de caución, la cuantía es estipulada de antemano y aparece en la póliza.

⁶¹ DE ANGULO RODRÍGUEZ, *La liquidación del siniestro...*, *op. cit.*, p. 21.

⁶² No obstante, no debemos identificar la prestación con la indemnización *strictu sensu*, pues la prestación de la compañía aseguradora consiste fundamentalmente en prestar una cobertura durante la vida del contrato, lo cual, en determinados casos, no se agota en la indemnización.

⁶³ En aquellos seguros en los que no se haya estipulado de antemano la cuantía de la indemnización.

⁶⁴ Vide, entre otros, BRUCK (*Das privatversicherungsrecht*, Manheim-Berlin-Leipzig, 1930, pp. 630 y ss.), que distingue dos momentos en la producción del siniestro: 1.^º La realización del hecho o evento dañoso, y 2.^º El momento en los que ese evento produce un daño al asegurado. Lleva a sus últimas consecuencias la teoría indemnizatoria, ya que la realización del hecho o evento dañoso, por sí solo, no constituye el siniestro sino que es necesario que a su vez acarree un daño. Véase, también, SOLARI, *La determinazione intenzionale e colposa del siniestro*, Bellinzona, 1941, p. 23.

En nuestra doctrina, véase ALONSO SOTO (*El seguro de la culpa*, Madrid, 1977); DE ANGULO RODRÍGUEZ, *La liquidación...*, *op. cit.*, p. 33, distingue entre: «el riesgo cuya cobertura garantiza el asegurador; el siniestro, que es la realización del evento dañoso, y el daño mismo, que será la consecuencia

- 2.^º En el seguro de caución, es la conducta responsable del propio tomador la que origina el siniestro, en contra, aparentemente, de lo previsto en el artículo 19 de la LCS
- 3.^º Falta de concreción teórica de cuándo se ha de entender producido el siniestro, dado el amplio margen de libertad que, a la hora de fijar el riesgo, da la LCS a los contratantes
- 4.^º Incorporación, a pesar de la inclusión en la póliza de una descripción del riesgo y del hecho que constituye el siniestro, de cláusulas de petición a primer requerimiento, que posibilitan que el beneficiario pueda pedir en cualquier momento la prestación del asegurador.

Vamos a analizar cada una de estas cuestiones más detenidamente:

1.^º) Con respecto al primer punto, las pólizas de seguro de caución recogen normalmente el importe de la indemnización⁶⁵. Este uso de pólizas tasadas, a las que se refiere el artículo 28 de la LCS, plantea el problema de su compatibilidad con el principio indemnizatorio, ya que, en atención a él, el importe de la indemnización debe identificarse con los daños realmente sufridos, que no son conocidos sino con posterioridad del acaecimiento del siniestro. Sin embargo, la práctica del seguro de caución nos pone de manifiesto que, salvo ocasiones, lo normal es que, producido el siniestro, el asegurado reclame la prestación al asegurado –que coincide con el valor tasado en la póliza– con independencia del importe de los daños realmente sufridos.

Sin embargo, y en opinión de OLIVENCIA⁶⁶, tal hecho –que las pólizas vengan previamente tasadas– no es obstáculo para afirmar el carácter indemnizatorio del seguro de caución. Para el autor, el inciso «a título de resarcimiento o penalidad» –contenido en el artículo 68 de la LCS– permite que los daños se tassen previamente, caso en el que la indemnización pagada por el asegurador habrá de entenderse como «satisfacción de una pena convencional, que sustituye al resarcimiento de los daños efectivamente sufridos. (...) En definitiva, nos encontramos en este supuesto con una valoración anticipada y bilateral del daño».

En el mismo sentido, y refiriéndose a las pólizas tasadas en general, señala CUÑAT EDO⁶⁷ que estas pólizas -que se configuran como una excepción al régimen general previsto por el artículo 26, según el cual el valor del interés es un hecho que se ha de determinar tras la realización del siniestro- no han de entenderse como contrarias al principio indemnizatorio, en la medida en que la propia ley permite la impugnación de las mismas en diversos casos y, entre ellos, en el de sobreseguro, esto es, cuando el valor real del interés asegurado es menor al previamente tasado. En de-

⁶⁵ Ello está justificado por la función caucional de la póliza (*vide supra*), 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.

⁶⁶ «Los seguros de caución...», *op. cit.*, pp. 883 y 884.

⁶⁷ CUÑAT EDO, «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 562 y ss.

finitiva, estas pólizas, que no persiguen sino sustituir la valoración del interés a través de dictamen pericial por una valoración contractual anticipada, respetan lo preceptuado por el artículo 1 de la LCS, en el sentido de que la causa del seguro de daños es exclusivamente la indemnización.

Igualmente, coincide GARRIGUES⁶⁸ en que las pólizas tasadas no vulneran el principio indemnizatorio por cuanto, 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 efecto, frente al supuesto corriente, en el 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».

2.) Con respecto a la segunda de las cuestiones, señala el artículo 1 de la LCS que es riesgo asegurable toda prestación aleatoria o subordinada a un evento incierto y susceptible de cálculo estadístico anual. Sin embargo, en la práctica del seguro de caución el evento en que consiste el siniestro no puede calificarse exactamente como «aleatorio», en la medida en que depende de la voluntad del tomador. Ello, por otra parte, choca con lo previsto en el artículo 19 de la LCS. Quizá la única justificación –o, al menos, compensación– a la intervención de la voluntad del tomador en la producción del siniestro, sea la existencia de la acción de regreso, que es, en opinión de algunos autores⁶⁹, un modo de interesar al tomador en que el riesgo –su propio incumplimiento– no tenga lugar.

Para otros autores, como TIRADO SUÁREZ⁷⁰, la polémica se resuelve con otros argumentos. Así, entiende el autor que, aunque en apariencia el hecho de que el comportamiento del deudor genere voluntariamente el incumplimiento –y correspondiente obligación de pagar del asegurador– podría interpretarse como una producción voluntaria del siniestro (contraria al artículo 19 de la LCS), en realidad ha de tenerse en cuenta que «el artículo 19 de la LCS menciona únicamente al asegurado y que el artículo 68 de la LCS se puede configurar como una excepción al principio general».

OLIVENCIA⁷¹ comparte la opinión de TIRADO en cuanto qué, en su opinión, el artículo 68 supone una excepción al principio general consagrado por el artículo 19, ya que «ningún sentido tendría que el asegurador se exonerase del pago alegando que el siniestro –incumplimiento de la obligación– había sido causado por mala fe del tomador». No obstante, no está de acuerdo en lo que se refiere a la consideración de que el artículo 19 sólo abarca a la figura del asegurado, sino que se inclina por mantener la opinión de ALONSO SOTO⁷². Para este último, el término «asegurado»,

⁶⁸ *Op. cit.*, 1983, p. 139.

⁶⁹ *Vide*, entre otros, VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie...», *op. cit.*, p. 499.

⁷⁰ TIRADO SUÁREZ, *op. cit.*, 1985, p. 424; también en «Seguro de caución. Pignoración...», *op. cit.*, p. 816.

⁷¹ «Los seguros de caución...», *op. cit.*, p. 880.

⁷² *Op. cit.*, 1977, pp. 44 y ss.

como autor de la provocación del siniestro, no ha de entenderse en sentido estrictamente técnico, sino que ha de entenderse aplicable a todas aquellas personas que, de un modo u otro, están interesadas en el contrato y, por tanto y en concreto, al contratante o tomador del seguro.

Por último, entiende VOLPE PUTZOLU⁷³ que, en cualquier caso, el hecho de que el seguro de caución sea considerado por la ley como una forma alternativa de prestar caución, ha de considerarse como un reconocimiento implícito de la legitimidad de la cobertura asegurativa de la actuación dolosa del tomador.

3.) En relación con el tercero de los interrogantes, al comentar el artículo 1.826 del Código Civil y su aplicación al ámbito del seguro de caución, ya concluimos que en el seguro de caución existe un amplio margen de libertad para que sean los propios contratantes los que, en cada caso, 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 –mora–, la prestación incompleta o defectuosa, así como el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. Por lo que respecta al incumplimiento fortuito, damos aquí por reproducido lo dicho al respecto en el capítulo quinto.

Por lo que atañe a los demás casos, y dada la amplitud que, como hemos visto, puede alcanzar el término incumplimiento, se hace patente la especial importancia que, en el seguro de caución, tiene el deber precontractual de declaración del riesgo. Así, por ejemplo, en el seguro de caución en garantía de cantidades anticipadas para la vivienda, el incumplimiento se entiende en sentido amplio, abarcando, incluso, el mero retraso. En efecto, señalan las pólizas al uso que los supuestos en que habrá lugar a la indemnización serán los de no devolución de las cantidades cuando: *a)* el tomador no hubiere iniciado la construcción; *b)* no la hubiere terminado; *c)* no obtuviere la cédula de habitabilidad o calificación definitiva, según los casos; o, *d)* no procede a la entrega de la vivienda en los plazos convenidos.

En otras ocasiones, al incumplimiento se equipara el hecho de que el deudor se declare en suspensión de pagos, entendiéndose entonces producido el siniestro. A uno de tales supuestos se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1989. En el caso controvertido, el asegurado había celebrado con el tomador –empresa constructora– un contrato de compraventa de solar, obligándose éste a levantar sobre el mismo un edificio y entregar el 30% de la obra al vendedor –asegurado–. En el convenio de promoción inmobiliaria celebrado entre ambos, se señalaba que el incumplimiento de la constructora, que daría lugar al abono de la garantía, lo constituiría simple y llanamente el hecho de que, finalizado el plazo, ésta no hubiese acabado las obras, que hubiera caído en quiebra o solicitado suspensión de pagos. A tenor de ello, el Tribunal Supremo entendió que la simple suspensión de pagos de la constructora, aun cuando no hubiera finalizado el plazo dado a ésta para la termina-

⁷³ «Garanzie fideiussori...», *op. cit.*, p. 499.

ción de la obra, era suficiente para hacer nacer el derecho del asegurado a exigir al acreedor la prestación de la garantía.

En definitiva, y como señala EMBID IRUJO⁷⁴ en el comentario a dicha sentencia, el riesgo cubierto por el seguro es el incumplimiento del tomador, que, en este caso, «se deduce no sólo del transcurso del plazo fijado sin haber llevado a cabo la edificación convenida, sino también de una serie de hechos cuya producción desencadena el mecanismo de cobertura patrimonial que el seguro representa. (...) Podría entenderse, no obstante, que la simple solicitud de suspensión de pagos no impide el cumplimiento ulterior; tal posibilidad, sin embargo, no es ni siquiera considerada por el Alto Tribunal, ya que constituía un riesgo independiente del transcurso del plazo».

También en relación con la suspensión de pagos como riesgo cubierto por el seguro, puede consultarse la más reciente Sentencia de 7 de abril de 1992.

Por último, cabe señalar que puede ocurrir, incluso, que al siniestro se equipare la resolución del contrato garantizado. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1991 señala, en su Fundamento de Derecho Segundo que «el convenio resolutorio del contrato de ejecución de obra con suministro de materiales supone el reconocimiento de la producción del siniestro asegurado». De ello concluye el Tribunal, y refiriéndose a dicha resolución contractual, que el asegurador no puede «alegar como hecho extintivo de su obligación lo que en Derecho constituye el hecho originador de ella».

4.) Muy estrechamente relacionada con la cuestión anterior se encuentra la referida a la interpretación de las cláusulas «a primer requerimiento». En efecto, la inclusión de las mismas en la póliza, que implica la obligación del asegurador de pagar la indemnización a la simple reclamación del asegurado –sin que éste haya de acompañar a dicha reclamación la prueba del incumplimiento–, ha llevado a un sector de la doctrina a afirmar que, en realidad, se está identificando el siniestro con la simple reclamación, rompiéndose entonces el principio indemnizatorio. Así, por ejemplo, señala TIRADO SUAREZ⁷⁵ que el siniestro se suele configurar automáticamente en el momento «en que el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones aseguradas»⁷⁶.

Si bien dedicaremos un capítulo aparte al estudio de estas cláusulas y, muy especialmente, al problema de su interpretación, adelantamos aquí que, en nuestra opinión, la simple reclamación del asegurado no ha de identificarse con la producción del siniestro, sino que ha de considerarse como una presunción de producción del si-

⁷⁴ EMBID IRUJO, «Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1989), en *La Ley*, núm. 2.459, 1990, p. 3. En el mismo sentido, BARRES BENLOCH, *Seguro de caución, ¿garantía personal o modalidad aseguradora?*, Madrid, 1993, p. 19.

⁷⁵ *Op. cit.*, 1985, p. 425.

⁷⁶ Cláusula que, como señala el autor, es copia de la número 11 del Anexo 5 de la Resolución de 17 de marzo de 1981.

niestro, presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la prueba en contra. Ello puede deducirse, entre otras circunstancias, de la propia interpretación literal de cláusula transcrita más arriba. En efecto, de ella se deduce que la causa de la reclamación del asegurado ha de ser el incumplimiento del tomador, causa que no puede ser obviada, y ello porque si se hubiese querido equiparar la simple reclamación a la producción del siniestro, desvinculándolo del hecho de que haya habido o no incumplimiento, es evidente que el inciso «a causa del incumplimiento...» estaba de más.

Con ello, en definitiva, lo que propugnamos es que tales cláusulas no han de interpretarse sino como supuestos de inversión de la carga probatoria. Esto es, frente al supuesto normal, en el que el asegurado habrá de probar el incumplimiento o hecho que constituya el siniestro⁷⁷, 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. Ahora bien, aun cuando, para nosotros, el simple requerimiento del asegurado no se equipara al siniestro, no podemos por menos que reconocer que tal requerimiento –al ser una presunción de realización del éste– genera un efecto similar al del verdadero acaecimiento del mismo, en la medida en que va a desencadenar la puesta en marcha del mecanismo asegurador, tendente a verificar su efectiva o no efectiva producción.

D) Bilateralidad del seguro de caución. Obligación de pagar la prima

En principio, la obligación de pagar la prima derivada del contrato de seguro recae sobre el tomador. No obstante, entiende TIRADO SUAREZ⁷⁸ que nada se opone a que el asegurado pague.

Con respecto a esta obligación, la principal cuestión que se plantea es la de si el asegurador puede exonerarse de su obligación frente al asegurado alegando el impago de la prima por parte del tomador. En este sentido, señala el artículo 15 de la LCS que «salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación». De ello se deduce que, en principio, y frente a la reclamación del asegurado, podrá la entidad oponer la excepción de falta de pago de la prima. Nada impide, no obstante, que, al concertar el seguro, se pacte expresamente el mantenimiento de la cobertura incluso en el caso de impago de aquélla⁷⁹.

⁷⁷ Recordemos que el siniestro –como suele recogerse en las pólizas– puede consistir en que el tomador se encuentre en una situación de suspensión de pagos.

⁷⁸ «Seguro de caución», *Comentarios..., op. cit.*, p. 435.

⁷⁹ En contra de la posibilidad de tal pacto, véase MARTÍ SÁNCHEZ («La protección del asegurador en la Ley del Contrato de Seguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros, op. cit.*, pp. 469 y ss.), para quien el artículo 14 de la LCS –que establece la obligación del tomador de pagar la prima– tiene carácter imperativo, no siéndole aplicable el artículo 1.255 del Código Civil. De ello concluye que el pacto en virtud del cual el asegurador se obliga a pagar la indemnización incluso cuando no se ha pagado la prima, encajaría en las prohibiciones del artículo 6.2.^º del Código Civil.

⁸¹ Precisamente la posibilidad de incluir dichas cláusulas ha servido de argumento para criticar la naturaleza asegurativa del seguro de caución, bajo la consideración de que las mismas rompen la estructura sinalagmática del contrato, así como los principios de la técnica aseguradora, que exigen el pago anticipado como presupuesto de la garantía. A esta crítica han respondido algunos autores⁸⁰ 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.

Se exceptúan de la regla general contenida en el artículo 15 de la LCS los seguros de afianzamiento de cantidades anticipadas por los adquirentes de viviendas. Con respecto a ellos, se aplicará lo previsto en el artículo 4 g) de la Orden de 24 de noviembre de 1968, que establece que «frente al asegurado, tenedor de póliza individual, el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro»⁸¹. De hecho, las pólizas de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas suelen contener cláusulas en las que se señala expresamente la imposibilidad de que, frente a la reclamación del asegurado, pueda el asegurador oponer la excepción de falta de pago de la prima. No obstante, ello no impide que en tal caso pueda el asegurador rescindir el contrato colectivo, no emitiendo nuevas pólizas individuales, si bien, y como acabamos de decir, ello no afecta, en ningún caso, a las ya emitidas. Tal excepción responde en nuestra opinión, al hecho de que el seguro de caución en afianzamiento de cantidades entregadas para la vivienda presenta, frente a la mayoría de los restantes supuestos, una característica fundamental y es que en ellos, el asegurado es siempre un particular. Sin embargo, y como puede recordarse, en los demás casos el asegurado suele ser –no siempre– un empresario o la propia Administración⁸².

De todo lo dicho se concluye que, exceptuando lo previsto para las pólizas de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, puede, en caso de impago de la prima por parte del tomador, ser de aplicación lo previsto por el artículo 15 de la LCS; esto es, el asegurador podrá eximirse de sus obligaciones frente al asegurado y, en caso de que éste reclame el pago de la indemnización, podrá excepcional la falta de pago de tales primas. Dicha posibilidad ha sido reconocida expresamente por la anteriormente comentada Sentencia de 19 de mayo de 1990.

⁸⁰ EMBID IRUJO (El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica», *La Ley*, 1986, II, p. 1.068), que cita, concretamente a STOLFI, «Natura giuridica...», *op. cit.*, p. 73; RAVAZZONI, «Fideiussione in luogo di cauzione», *Assicurazioni*, 1959, núm. 1, p. 274, y VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie...», *op. cit.*, p. 500.

⁸¹ Al respecto puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1985, donde se reconoce expresamente la eficacia de la póliza de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la vivienda, con independencia de que la actividad de la compañía contratante –tomador– se hubiese realizado «de modo irregular o anómalo con relación a la entidad aseguradora (...) no cumpliendo con las obligaciones que aquélla tuviere con respecto a éstas emanantes del referido seguro».

⁸² Precisamente, una de las razones, que, en opinión de TIRADO SUÁREZ (*Op. cit.*, 1985, p. 419) justifican la parquedad con que la LCS define al seguro de caución, no es sino la voluntad del legislador de dar un amplio margen de actuación a la voluntad de los contratantes –tomador y asegurador–, ya que «las razones socio-económicas que justifican la protección a ultranza del consumidor de seguros desaparecen aquí al tratarse de un riesgo comercial o industrial, en que el asegurado asume normalmente la calificación de empresario o profesional».

Cuestión distinta es, en nuestra opinión, la conveniencia de tal solución. En efecto, permitir que el asegurador se niegue a pagar al asegurado argumentando el incumplimiento –por parte del tomador– de sus obligaciones frente a aquélla es perjudicial para todos los sujetos intervenientes:

- con respecto al asegurado, el perjuicio que se le causa es indudable, en la medida en que se está condicionando la eficacia del aval que ha recibido a la conducta de un tercero; pero es que, además, es del todo injusto, ya que se encontraría en la irónica situación de 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, nuevamente, al arbitrio de la conducta de éste;
- en lo que atañe al asegurador, y aun cuando en principio 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 en cuanto la eficacia del seguro de caución como tal –y aparejada a ella la viabilidad de las propias compañías que lo practican– resultará cuestionada;
- por la misma razón, el tomador resultará perjudicado, en la medida en 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 requisito imprescindible (piénsese, por ejemplo, en los contratos de obra o suministro celebrados con la Administración).

Por todo ello, y teniendo en cuenta, en primer lugar, el principio de protección del asegurado; en segundo lugar, la función caucional⁸³, que exige que la posición del asegurado sea lo más cercana posible a aquella en que se encontraría de haberse constituido un depósito en dinero o títulos, es decir, que la posibilidad de incautar la fianza esté sujeta a las menos limitaciones posibles y, en tercer lugar, el derecho de reembolso que se establece a favor del asegurador, que determina que el pago hecho por el asegurador no se configure –salvo en caso de insolvencia del tomador– como una pérdida definitiva.

Entendemos que, en los casos en los que no se haya previsto expresamente bien el mantenimiento de la cobertura en el supuesto de impago de la prima, bien el derecho del asegurador a excepcionar dicho impago frente a la reclamación del asegurado, cualquier cláusula que se refiera a la interrupción del contrato de seguro en caso de no haber sido aquélla satisfecha, habrá de interpretarse en el sentido de que dicha cláusula sirva de base para que el asegurador pueda, en vía ejecutiva, reclamar el importe de las mismas al tomador, sin que, en ningún caso, pueda eximirse del eventual pago al asegurado.

⁸³ Función que nunca ha de olvidarse ya que, como vimos en el capítulo correspondiente, es la que inspira el seguro de caución y sólo en atención a ella pueden explicarse ciertas peculiaridades de dicho seguro.

Es evidente que este planteamiento⁸⁴ choca con lo previsto por el artículo 15 de la LCS, configurándose como una excepción al principio general consagrado en dicho precepto. En nuestra opinión, tal excepcionalidad sólo puede explicarse teniendo en cuenta las especiales características de la obligación asumida por el asegurador, obligación de fianza que se constituye a favor de un tercero y que, teniendo como sujeto activo al asegurado y como sujeto pasivo al asegurador, no puede depender, en cuanto a su eficacia y exigibilidad, del comportamiento de un tercero ajeno a dicha relación. Precisamente el hecho de que el asegurador no pueda oponer al asegurado la excepción de falta de pago de la prima, ha llevado a algunos autores⁸⁵ a afirmar, en relación con el Derecho italiano, que ello es un indicio claro de que el seguro de caución es un verdadero contrato de fianza, en cuanto que dicha imposibilidad se opone a lo previsto por el artículo 1.901 del Código Civil italiano⁸⁶. No estamos, sin embargo, de acuerdo con ello, al menos en lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto que el artículo 15 de la LCS, en su primer inciso, deja clara la posibilidad de que se pacte el mantenimiento de la cobertura incluso en el caso de impago de la prima.

E) La acción de regreso y sus posibles excepciones

El artículo 68, *in fine*, señala que

«Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro».

Coincide la doctrina, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁷, 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, sino una acción propia del asegurador que nace del contrato de seguro⁸⁸.

⁸⁴ También la jurisprudencia italiana ha mantenido la inoponibilidad de la excepción de falta de pago de la prima como medio de que el asegurador pueda eximirse del pago. *Vide*, al respecto CASS, 7 de junio de 1974, núm. 1.709, en *Foro. it.*, 1974, I, p. 2.003.

⁸⁵ FONT GALÁN, «Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni», en *Assicurazioni*, 1976, p. 239.

⁸⁶ Señala éste que «Se il contrattante non paga il premio o la prima rata di premio stabilita dal contratto, l'assicurazione resta sospesa fino alle ore ventiquattro del giorno in cui il contraente paga quanto è da lui dovuto.

«Se alle scadenze convenute il contraente non paga i premi successivi, l'assicurazione resta dalle ore ventiquattro del quindicesimo giorno dopo quello della scadenza.

«Nelle ipotesi previste dai due commi precedenti il contratto è risoluto di diritto.»

⁸⁷ Concretamente, la Sentencia de 7 de abril de 1992, señala, en su Fundamento de Derecho 4º, que «lo que se concede al asegurador es una acción de «reembolso» frente al tomador, no una subrogación en los derechos del asegurado contra este último.»

⁸⁸ *Vide*, al respecto, EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen...», *op. cit.*, p. 1.073; GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 352; GÓMEZ CALERO, «Los derechos de reintegro del asegurador en la LCS», en *Comentarios a la LCS*, Madrid, 1985, p. 749; OLIVENCIA, «Seguros de caución...», *op. cit.*, p. 881; TIRADO SUÁREZ, *op. cit.*, 1985, p. 438.

Ello es lógico, puesto que si el seguro de caución diera lugar a una subrogación del asegurador en los derechos del asegurado frente al tomador, el inciso del artículo 68 sería innecesario, ya que, como hemos señalado, tal subrogación ya está recogida, con carácter general para todos los seguros de daños en el artículo 43 de la LCS.

La existencia de dicha acción de reembolso ha sido el fundamento utilizado por algunos autores⁸⁹ para negar la naturaleza jurídica asegurativa del seguro de caución, en la medida en que en éste falta el elemento del alea, inherente a todo contrato de seguro. En efecto, 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. Tal planteamiento ha sido rechazado por GAMBINO⁹⁰ por varias razones: primera, porque en el seno de la empresa aseguradora siempre se produce la eliminación del alea, bien sea a través del ejercicio de la acción subrogatoria, bien a través de la distribución del riesgo sobre un gran número de contratos; segunda, porque 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 comutativo del contrato y, tercera, porque si lo que se quiere es utilizar el argumento de falta de aleatoriedad para justificar el carácter fideiusorio del seguro de caución, ha de tenerse en cuenta que no siempre el contrato de fianza ha de considerarse como comutativo –piénsese, por ejemplo, en la fianza de obligaciones condicionales.

A ello hemos de añadir el hecho de que no siempre el asegurador tiene la certeza de que la acción de regreso será efectiva, en la medida en que cabe el peligro de que el tomador sea insolvente. En definitiva, el asegurador corre, al menos, un riesgo de tesorería.

Una vez hechas estas precisiones, y por lo que respecta a la acción de reembolso contemplada en el artículo 68 de la LCS, hemos de cuestionarnos:

- 1) Si para el ejercicio de esta acción es presupuesto necesario la responsabilidad del tomador.
- 2) Si el tomador puede oponer excepciones frente al ejercicio de esta acción por el asegurador y, en caso afirmativo, cuáles.
- 3) Si la acción de reembolso del artículo 68 coincide con la acción de regreso que el artículo 1.838 del Código Civil reconoce a todo fiador.

Con respecto a la primera de las preguntas, la respuesta ha de ser negativa. En efecto, y como señala OLIVENCIA⁹¹, «lo que el asegurador ejerce es (...) un derecho propio, nacido del contrato de seguro y fundado en el pago de la indemnización». En

⁸⁹ Vide GASPERONI, «Garanzia dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni per la cauzione essattoriale», en *Riv. Dir. Comm.*, 1946, II, pp. 15 y ss.

⁹⁰ GAMBINO, «Fideiussione...», *op. cit.*, p. 63.

⁹¹ Comentarios..., *op. cit.*, pp. 881 y ss. En el mismo sentido, TIRADO SUÁREZ, «Seguro de caución», *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 439.

definitiva, la acción de reembolso –elemento del mecanismo *solve et repete*– tiene su justificación en un hecho objetivo –el pago de la indemnización– y es, por tanto, y a diferencia de la acción subrogatoria, independiente de que dicho pago tenga su origen en una conducta responsable del tomador o, por el contrario, en un incumplimiento fortuito no imputable al mismo. Además, es lógico que el tomador no pueda dejar de tener en cuenta –frente a la acción de reembolso– el carácter fortuito del incumplimiento, en la medida en que el propio asegurador está obligado a pagar la indemnización al asegurado con independencia de que el incumplimiento fuera o no imputable al tomador⁹².

En referencia a la segunda cuestión, y teniendo en cuenta el razonamiento anterior, es lógico pensar que, frente a la acción de regreso ejercitada por el asegurador, no pueda el tomador oponer excepciones derivadas de la relación subyacente o garantizada –en definitiva, aquellas que habría podido oponerle al asegurado, excepciones que si tendrían cabida frente a una acción subrogatoria–. Ahora bien, puesto que la acción de regreso del artículo 68 tiene su origen en el propio contrato de seguro, ¿podrá el tomador oponer excepciones que deriven de dicho contrato?; y más concretamente, ¿podrá oponerle la excepción de falta de incumplimiento de la obligación principal?⁹³

En este sentido, la doctrina parece estar dividida⁹⁴. Así, para algunos autores⁹⁵, el tomador podrá oponer al asegurador la excepción de pago indebido cuando realmente no hubo incumplimiento de la obligación garantizada.

Para otros⁹⁶, sin embargo, la razón fundamental por la que el artículo 68 atribuye al asegurador un derecho de reembolso, independiente de la subrogación del artículo 43, es la de evitar los riesgos derivados de una acción de regreso contra el tomador sometida a un doble juego de excepciones (las derivadas del contrato subyacente –entre tomador y asegurado– y las derivadas del propio contrato de seguro).

En nuestra opinión, ha de admitirse la posibilidad de que el tomador oponga la excepción de falta de incumplimiento –que deriva del propio contrato de seguro y

⁹² Con las salvedades que, en relación con los supuestos de incumplimiento por caso fortuito, ya hemos señalado.

⁹³ Excepto que tiene su origen en un implícito deber del asegurador, frente a la reclamación del asegurado, de verificar la procedencia y justificación de tal reclamación o, lo que es lo mismo, comprobar si el presupuesto que da lugar a la obligación de indemnizar –incumplimiento del tomador– ha tenido lugar.

⁹⁴ Hemos de puntualizar aquí que, al analizar la acción de regreso y sus posibles excepciones, excluimos las pólizas de caución que incluyen cláusulas «a primer requerimiento» o cláusulas de renuncia a la oposición de excepciones. El estudio de estas pólizas se reserva para el capítulo siguiente. *Vide infra*.

⁹⁵ GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 352; OLIVENCIA, «Los seguros de caución...», *op. cit.*, p. 883; TIRADO SUÁREZ, en «Seguro de caución», *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 438, *a sensu contrario*; también a *sensu contrario*, GÓMEZ CALERO, «Los derechos de reintegro...», *op. cit.*, *ibidem*.

⁹⁶ *Vide*, entre otros, EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen jurídico...», *op. cit.*, p. 1.073; FONT RIBAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983», *CCJC*, núm. 1, 1983, p. 243.

no del contrato subyacente entre tomador y asegurado— frente a la acción de regreso ejercitada por el asegurado, y ello por dos razones:

– Primera, porque, para nosotros, el fundamento de la acción de reembolso se encuentra, por un lado, en un hecho objetivo, cual es el pago efectivamente realizado por el asegurador y, por otro lado, en un hecho subjetivo, teniendo en cuenta que, en el seguro de caución, el causante del siniestro es el propio tomador y la inclusión de la acción de reembolso tiene como finalidad mantener el interés de éste en que no se produzca el incumplimiento⁹⁷. De este modo, la acción de reembolso persigue evitar⁹⁸ un enriquecimiento injusto del tomador —que tendría lugar si una vez que el asegurador ha pagado al asegurado no pudiera reclamar al tomador, que, por su parte, estaría liberado frente a áquel—. En suma, y en nuestra opinión, puede afirmarse que la acción de reembolso tiene, en cierto modo, una función «inhibitoria»⁹⁹.

– Segunda, porque admitir tal razonamiento supondría —como ha señalado FONT RIBAS¹⁰⁰— invertir el supuesto probatorio, obligando al tomador a probar su cumplimiento y situando su protección en el terreno de la responsabilidad extracontractual o al de la repetición contra el acreedor asegurado por cobro de lo indebido.

Es curioso, y sin que ello suponga una toma de posición, que las dos primeras cuestiones tienen idéntica solución en el ámbito fideiusorio. Así, también el fiador tiene —una vez efectuado el pago— una acción de reembolso frente al deudor, cuyo ejercicio tiene como presupuestos¹⁰¹ el que exista una fianza válidamente constituida y el que el fiador haya efectivamente pagado¹⁰². Por lo que respecta a la oposición de excepciones, el derecho del tomador a la excepcional la falta de incumplimiento podría encontrar fundamento en el principio en virtud del cual el pago hecho por el fiador no debe perjudicar derechos del deudor¹⁰³.

En relación ya con la tercera y última de las cuestiones, hay que decir que, si bien no puede afirmarse que la acción de reembolso contemplada por el artículo 68 sea una mera trasposición de la que, en relación con la fianza, consagra el artícu-

⁹⁷ *Vide*. IPPOLITO, «Assicurazioni...», *op. cit.*, p. 94; en la misma línea: GARRIGUES, *op. cit.*, 1983, p. 352; OLIVENCIA, «Los seguros de caución...», *op. cit.*, p. 881.

⁹⁸ Y lo persigue de dos formas: una, preventivamente, incitando al tomador a cumplir frente al asegurado; otra, en el caso de que el siniestro se haya producido, obligando al tomador a restituir al asegurador lo que éste pagó.

⁹⁹ Función a la que se refiere MUNGARI en «L'assicurazioni dei rischi finanziari (gar. cred. e fideiuss.: disciplina e prospettive di riforma)», en *Assicurazioni*, 1983, pp. 661 y 662.

¹⁰⁰ «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*, p. 245.

¹⁰¹ *Vide*. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, pp. 212 y ss.

¹⁰² De lo que se deduce, *a sensu contrario*, que no es necesario que el incumplimiento del deudor sea responsable.

¹⁰³ GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, *op. cit. ibidem*. Según este autor es concreción de tal principio la norma contenida en el artículo 1.841 —«Si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir el reembolso del deudor hasta que el plazo venza»—. Igualmente, si el fiador pagó una cantidad superior al importe de la deuda, tampoco podrá exigir del deudor el exceso.

lo 1.838 del Código Civil¹⁰⁴, gran parte de la doctrina reconoce, sin embargo, que guarda una cierta semejanza con la misma. Así, por ejemplo, señala GÓMEZ CALERO¹⁰⁵ que «esta obligación de reembolso obedece al mismo fundamento que la de indemnización del artículo 1.838 del Código Civil: el que paga o cumple por otro debe ser resarcido por éste». En términos semejantes se expresa EMBID IRUJO¹⁰⁶, que tras afirmar que la posición jurídica que ocupa el asegurador en el seguro de caución es semejante a la de un auténtico fiador, admite que la acción de regreso que a éste se le atribuye «tiende a identificarse con la acción que nuestro Código Civil concede al fiador que paga por el deudor». En el mismo sentido, *vide*, TIRADO SUÁREZ¹⁰⁷.

En conclusión, y en nuestra opinión, ha de admitirse que el seguro de caución –como contrato– tiene naturaleza asegurativa. En él aparecen todos los elementos esenciales del contrato de seguro, tales como riesgo (que se identifica con el incumplimiento del deudor-tomador de sus obligaciones frente al acreedor-asegurado y que es, como hemos visto, perfectamente asegurable, con independencia de que se considere que en seguro aparece o no el principio indemnizatorio), siniestro, prima, etcétera.

Ahora bien, tal afirmación –el seguro de caución es un contrato de seguro– parece chocar con la afirmación de que la la compañía de seguros ocupa la posición de un fiador. ¿Cómo se conjuga, entonces, este carácter asegurativo con el carácter fideiusorio de la obligación asumida por el asegurador? Para responder a dicha pregunta nos parece interesante traer a colación las reflexiones de CARRASCO PERERA¹⁰⁸ en la crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990. Concretamente, señala este autor en el apartado V del comentario a la citada sentencia que «a través de una forma contractual asegurativa –la del artículo 68 de la LCS– puede crearse, y de hecho se crea, una obligación fideiusoria. Es decir, que fianza y seguro no se sitúan en el mismo nivel significativo de tipos contractuales concurrentes (...). La fianza puede ser naturalmente un contrato pactado entre el garante y el acreedor, contrato típico del que nace la obligación fideiusoria disciplinada en el Código Civil. Pero puede ser igualmente la fianza una descripción de la obligación fideiusoria del garante, cuya fuente no se haya en un contrato típico de fianza (...). El seguro de caución, que no es un contrato de fianza, crea sin lugar a dudas una obligación fideiusoria, toda vez que acreedor asegurado, tomador y asegurador están de acuerdo en que éste contrato 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.

Cuestiones distintas son, por un lado, la determinación de qué caracteriza al seguro de caución –como contrato de seguro– frente al contrato de fianza (cuestión

¹⁰⁴ No obstante, algunos autores consideran que sí se trata de una concreción de la acción de regreso reconocida al fiador. Al respecto, *qfr.*, FONT GALÁN, «Natura e disciplina...», *op. cit.*, p. 243.

¹⁰⁵ «Los derechos...», *op. cit. ibidem*.

¹⁰⁶ «El seguro de caución: régimen jurídico...» *op. cit.*, p. 1.075.

¹⁰⁷ «Los seguros contra daños...», *op. cit.*, p. 1.019.

¹⁰⁸ «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990», en CCJC, núm. 23, 1990, pp. 653 y ss.

esta importante en la medida en que ambos generan una idéntica obligación de fianza); y, por otro lado, la determinación de hasta qué punto pueden las compañías de seguros desarrollar actividades con función de garantía.

Con respecto a la primera cuestión, entendemos que la opinión de VICENT CHULIA¹⁰⁹ es, al respecto, muy significativa. Para el autor, la frase «a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos», refleja la preocupación del legislador por salvar el carácter indemnizatorio del seguro de caución, preocupación que –en su opinión– es innecesaria «tanto porque el mero retardo en el cumplimiento produce daños económicos indudables, como porque en la nueva amplia concepción del seguro, introducida en el artículo 1 de la LCS, cualquier prestación aleatoria o subordinada a un evento incierto y susceptible de cálculo estadístico-actuarial puede constituir objeto de seguro». Con ello, en definitiva, y como ya vimos al estudiar el riesgo, lo que se concluye es que lo que caracteriza al seguro de caución y permite diferenciarlo de otras figuras semejantes, no es sino su sometimiento a la técnica de seguros.

Con respecto a la segunda, tal posibilidad es admitida por gran parte de la doctrina. Así, FONT RIBAS¹¹⁰ entiende que «la función de ese contrato es primera y principalmente una función de garantía más que una función indemnizatoria(...). Sin embargo, ello no ha de ser obstáculo para que legal y técnicamente el incumplimiento de una obligación y el daño que el mismo origina no pueda cubrirse mediante un contrato de seguro». Para TIRADO SUÁREZ¹¹¹ ha de concluirse que el seguro de caución constituye un «auténtica prestación aseguradora encuadrable como modalidad *sui generis* del seguro de daños, a pesar de su función financiera y de garantía». En la misma línea se sitúa VICENT CHULIA¹¹².

F) La participación de una empresa aseguradora como elemento determinante en la configuración del contrato de seguro

Como ya apuntábamos más arriba, para un amplio sector doctrinal¹¹³ la mera presencia de una empresa de seguros, así como el sometimiento a los principios de

¹⁰⁹ *Op. cit.*, 1985, pp. 568-569.

¹¹⁰ «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo», *op. cit.*, p. 243.

¹¹¹ «El seguro de crédito...», *op. cit.*, p. 695.

¹¹² *Vide*, al respecto, su opinión en relación con la asegurabilidad del riesgo de incumplimiento.

¹¹³ Así lo entienden, entre otros, FERRI, «L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione», en *Assicurazioni*, 1962, I, pp. 455 y ss., para quien «contrato di assicurazione non è ogni contratto diretto alla copertura di un rischio che non sia artificialmente creato e che attribuisce il diritto o l'aspettativa giuridica ad una prestazione eventuale ma è quel contratto in cui l'assicuratore si obbliga ad inserire, secondo le regole della tecnica assicurativa, il rischio singolo in una massa di rischio omogenei, in modo che la copertura del rischio possa avere come corrispettivo il pagamento da parte dell'assicurato di un premio e possa trovare un'effettiva realizzazione secondo i principi della tecnica assicurativa e una garanzia specifica nella massa dei premi»; MOSSA, «Impresa e contratto di assicurazione», en *Assicurazioni*, 1953, I, pp. 149 y ss.; VIVANTE, *Del contratto di assicurazione*, Torino, 1909, núm. 22.

técnica asegurativa, son elementos suficientes para determinar la naturaleza jurídica del contrato por aquéllo celebrado¹¹⁴.

Así, por ejemplo, VIVANTE¹¹⁵ 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 es válido, en su opinión, el recurso al principio indemnizatorio, por cuanto el mismo no aparece en algunos tipos de seguros –*vb.gr.* el 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 se dedica profesionalmente a tal actividad, constituyendo, con las aportaciones de los asegurados, un fondo destinado a suministrarles el capital prometido en caso de producción del siniestro. La mayor o menor precisión de las normas técnicas de cada empresa –en especial, las referentes a los cálculos empíricos de siniestralidad– no afecta a la calificación jurídica del contrato, siempre que se produzca la función de reparo del riesgo, esto es, subsunción del riesgo individual en una masa de riesgos.

Por lo que respecta a la doctrina patria, VICENT CHULIA¹¹⁶, tras preguntarse cuál es la característica que define al contrato de seguro de manera unitaria, llega a la conclusión de que «el contrato de seguro es tal por aparecer inserto en la actividad aseguradora, en sentido técnico (...). A la vista del carácter proteico de los eventos o riesgos asegurables y de las prestaciones que puede prometer el asegurador, parece reafirmarse la necesidad de reconocer como **característica esencial del seguro el ser concertado por una empresa de seguros**».

Precisamente, esta línea de opinión ha permitido a algunos autores¹¹⁷ 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 que nos ocupa como de naturaleza asegurativa.

En contra se mantiene FONT GALÁN¹¹⁸, para quien la intervención de una entidad aseguradora constituye un dato técnico y organizativo, externo a la obligación contraída por aquéllo, pero, en ningún caso, relevante para la determinación de la naturaleza jurídica de la póliza. Por lo que respecta a la doctrina italiana, y dentro de la misma línea de opinión, pueden consultarse MAZZONI y BRUGLIERE¹¹⁹ –que

Por lo que respecta a la doctrina española, pueden consultarse, entre otros, BLANC y CABALLERO SÁNCHEZ, «El elemento “empresa” en un concepto unitario del contrato de seguro», en *Atti I Congresso Internazionale di Diritto Assicurativo*, tomo I, pp. 408-419; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Madrid, 1983, pp. 252 y ss.

¹¹⁴ En contra de dicha opinión, véase ASCARELLI, *CORSO DI DIRITTO COMMERCIALE*, Milano, 1962, pp. 385 y ss.; BUTTARO, «Moderni orientamenti...», *op. cit.*, pp. 184-185; DONATI, *Trattato...*, *op. cit.*, pp. 13-17.

¹¹⁵ VIVANTE, *op. cit.*, 1981, pp. 11 y ss.

¹¹⁶ VICENT CHULIA, *op. cit.*, 1990, pp. 497 y ss.

¹¹⁷ Vide, entre otros, TIRADO SUÁREZ, «Seguro de caución. Pignoración...», *op. cit.*, p. 817; ID, «Los seguros contra daños», *op. cit.*, p. 581.

¹¹⁸ «Natura e disciplina giuridique...», *op. cit.*, p. 229.

¹¹⁹ MAZZONI y BRUGLIERE, «La polizza fideiussoria», en *LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA*, núm. 2, 1986, p. 379.

entienden que la causa del contrato no va a ser distinta por el hecho de que en el contrato intervenga una entidad aseguradora o un banco—, DONATI¹²⁰, FRAGALI¹²¹ y GAMBINO¹²².

En nuestra opinión, y con independencia de las controversias doctrinales acerca de la esencialidad o no de la concurrencia de una empresa de seguros en la delimitación de la naturaleza jurídica del contrato del mismo nombre, entendemos que es innegable que la participación de una compañía aseguradora supone la aparición de unas características peculiares, especialmente en lo relativo a la técnica actuarial y el sometimiento de aquélla a un régimen jurídico especial (legislación de control). Desde este punto de vista, y por lo que respecta a la calificación del seguro de caución, cabe afirmar que el elemento subjetivo puede justificar la naturaleza asegurativa de dicho seguro, si bien consideramos —como hace GAMBINO¹²³— que «en la medida en la que el contrato se regula por la técnica de seguros por obra de las empresas de seguros, la función aseguradora de neutralización de los riesgos, propia de los seguros, se añade a la función de garantía». En definitiva, y en su opinión, es la utilización de la técnica asegurativa lo que caracteriza al seguro frente a otras formas contractuales semejantes.

¹²⁰ «Natura giuridica della c.d. polizza fideiussoria», en *BBTC*, 1957, I, p. 76.

¹²¹ «Fideiussione e assicurazioni», en *BBTC*, 1956, I, p. 136.

¹²² GAMBINO, *L'assicurazioni nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 234.

¹²³ «Líneas fronterizas...», *op. cit.*, p. 39.

CAPÍTULO OCTAVO

Seguro de caución y cláusulas a primer requerimiento

Los mencionados documentos, en su mayoría, tienen la finalidad de proteger al asegurado ante la posibilidad de que el beneficiario del seguro demande la devolución del importe pagado, sin tener en cuenta si el beneficiario ha cumplido o no con las obligaciones establecidas en el contrato.

El examen concreto de las pólizas de seguro de caución nos pone de manifiesto la frecuencia con la que, en las mismas, se incluyen cláusulas «a primer requerimiento», que, normalmente, 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 esta práctica asegurativa, que se ha venido relacionando con la utilización de las denominadas «garantías a demanda» o «garantías independientes», nos obliga al examen de las mismas, con especial atención a las consecuencias prácticas que la inclusión de dichas cláusulas pueda llevar aparejadas. Además, y por lo que a nuestro ordenamiento jurídico respecta, la cuestión está íntimamente ligada a la admisibilidad en el Derecho español de los negocios jurídicos abstractos.

A) Las garantías a primera demanda

Las nuevas necesidades del tráfico comercial internacional han dado lugar, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, al nacimiento de una nueva forma de garantía que se conoce como «garantía independiente», «autónoma» y, más frecuentemente, «garantía a demanda»¹. Su aparición está justificada, como señala SÁNCHEZ GUILARTE², por las dificultades que la accesoriedad de la fianza supone para el tráfico mercantil. Por ello –continúa este autor– se ha iniciado una corriente jurispru-

¹ Sobre el nacimiento y caracteres de las mismas, *vide*, entre otros, CERDÁ OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada, 1991; ECHEÑIQUE, «Garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones», en *RDBB*, núm. 5, enero-marzo, 1982; HERVAS CUARTERO, «Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior», en *RDBB*, núm. 11, junio-septiembre, 1983; SÁNCHEZ GUILARTE, «Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda», en *RDBB*, 13, 1984, pp. 52 y ss. y *RDBB*, 15, 1984, pp. 582 y ss.

² SÁNCHEZ GUILARTE, «Proyecto de Código...», *op. cit.*, pp. 55 y ss.

dencial, en Italia, Francia, Alemania y otros países de nuestro entorno, tendente a admitir la existencia de garantías personales no accesorias, aun cuando ello suponga alterar el esquema esencial del concepto clásico de las mismas. Señala al respecto MUNGARI³, que nos encontramos en la «fase culminante dell'evoluzione dell'istituto fideiussorio». Tal evolución, consecuencia necesaria de las nuevas exigencias de la práctica comercial y del desarrollo de las relaciones internacionales, supone la admisión de nuevas formas de garantía derivadas del tronco común de la fianza que, si bien a veces parecen contradictorias con los caracteres esenciales de la misma, mantienen siempre un rasgo esencial, ser siempre garantías personales de cumplimiento de una obligación.

Estas garantías, cuya característica fundamental es la facultad discrecional que tiene el beneficiario de las mismas de exigir su ejecución en el momento en que lo deseé, no se ajustan, como es evidente, al esquema tradicional de la fianza, en la medida en que la fianza tiene como rasgos esenciales la accesoriedad y subsidiariedad de la obligación del fiador con respecto a la del deudor afianzado⁴. Ello, sumado al hecho de que prácticamente no existe una regulación nacional relativa a éstas, tiene como consecuencia el que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan venido planteándose el problema del alcance y límites de tales garantías –en especial, el grado de abstracción de la obligación del garante, de lo que va a depender la posibilidad o imposibilidad de éste para negarse al pago cuando el beneficiario actúa abusivamente–. Igualmente, discute la doctrina si la inclusión de las mismas es, sin más, motivo para excluir el carácter fideiussorio o si, por el contrario, pueden existir «fianzas a demanda».

a) Concepto

Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre Garantías a Demanda, después de señalar que los contratantes que, al celebrar un contrato de garantía autónoma, deseen someterse a las disposiciones establecidas por dichas reglas habrán de hacerlo constar expresamente en el texto de la garantía (artículo 1)⁵, establecen, en su capítulo introductorio, el concepto y clases de garantías a demanda.

³ MUNGARI, «L'assicurazione dei rischi finanziari (garanzie creditizie e fideiussorie): disciplina e prospettive di riforma», en *Profilo di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa* (título del vol. 3 de los *Studi di Diritto e Legislazione Bancaria* del CE.D.I.B., Milano, 1985, p. 103).

⁴ Subsidiariedad que, *vide supra*, nosotros entendemos en el sentido de que el acreedor sólo puede dirigirse frente al fiador una vez se haya producido el incumplimiento del deudor principal.

Con respecto a la dificultad de reconducir la garantía a primera demanda al esquema contractual de la fianza *vide*, ANGULO RODRÍGUEZ, «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas», RJN, núm. 7, 1993, p. 26.

En cuanto al alcance de estas RUGD *vide*, ILLESCAS, «El Derecho Uniforme del comercio internacional», RDM, I, 1993, p. 71. Por su parte, también UNCITRAL está elaborando reglas uniformes sobre garantías a primera demanda. Al respecto, *vide* DÍAZ MORENO, «Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», Madrid, 1982, p. 868.

Así son garantías «a demanda» aquellas en las que un garante, atendiendo las instrucciones de un cliente (principal) o de otra parte ordenante, se compromete a pagar una determinada cantidad de dinero a un tercero (beneficiario) cuando éste lo reclame. La garantía así constituida quedará sujeta a una reclamación bien de «simple demanda» o de «demanda documentaria». Una garantía a simple demanda es aquella en la que el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario (...) que respete la cantidad y el plazo de validez fijados en la garantía concedida. Una garantía a demanda documentaria es aquella cuyas condiciones exigen la presentación al garante de determinados documentos o certificaciones reforzando la reclamación fundamentada en la garantía.

b) Naturaleza jurídica. La fianza «a demanda»

La cuestión de la naturaleza jurídica de estas garantías está estrechamente relacionada con la ya vieja polémica doctrinal acerca de si pueden existir otras formas de garantía personal distintas de la fianza. Ha sido fundamentalmente la doctrina alemana la que se ha ocupado de elaborar el concepto de garantía, tratando de diferenciarlo de la fianza⁶. En general, se define el contrato de garantía independiente —o, simplemente, contrato de garantía— como un contrato en virtud del cual el garante se obliga a responder, hasta un importe máximo y por tiempo determinado, de la consecución de un resultado económico determinado. La garantía así constituida se caracteriza por ser una obligación totalmente independiente de la obligación garantizada. Es decir, son garantías abstractas y no accesorias. Ambas obligaciones se desvinculan jurídicamente, de forma que la obligación garantizada es únicamente tenida en cuenta a la hora de fijar el importe de la garantía.

Ello nos lleva a preguntarnos si estas garantías «a primera demanda» pueden seguir considerándose como fianzas o si, por el contrario, y en la medida en que en ellas no se da el carácter de accesoriedad definitorio de ésta, se configuran como nuevas formas de garantía.

⁶ Vide, entre otros, STAMMLER, «Der Garantievertrag», *Archiv für die zivilistische Praxis*, núm. 69, 1886, pp. 1-149 y KROENER, *Der Garantievertrag und sei Abgrenzung von der Bürgschaft*, tesis doctoral, Essen, 1911.

En la doctrina italiana, vide, BENATTI, «Il contratto autonomo di garanzia», en *BBTC*, 1982, I, pp. 171 y ss.; MACCARONE, «La fideiussione bancaria come contratto atípico?», en *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, p. 24; PORTALE, «Fideiussione e "Garantievertrag" nella prassi bancarie», en *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, tomo II, pp. 1.043 y ss.

En la doctrina francesa, vide, GAVALDA y STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», en *RTCDE*, enero-marzo, 1980, pp. 3 y ss.; POULLET, «Droit et pratique du commerce international», en *RTCDE*, septiembre, 1979, p. 448.

Por lo que respecta a la doctrina española, vide, SÁNCHEZ GUILARTE, «Proyecto de código...», op. cit.; CERDÁ OLMEDO, op. cit., 1991; CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.

Al respecto, la doctrina mayoritaria⁷ niega la inclusión de una garantía así considerada en el ámbito de la fianza. Según SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE⁸, las razones que han llevado a la doctrina alemana a afirmar el carácter no accesorio y, por tanto, no fideiusorio de estas garantías son, por un lado, el que la relación entre garante y beneficiario es autónoma e independiente de las circunstancias de las relaciones entre ordenante y beneficiario, y entre ordenante y garante; por otro lado, el hecho de que, frente a la reclamación del beneficiario, no podrá el garante oponer ningún tipo de excepciones, de modo que el único elemento que interesa a los efectos del pago de la garantía es que el beneficiario lo reclame.

No obstante, no han faltado quienes, como BAR⁹, han seguido manteniendo el carácter fideiusorio de la garantía independiente, bajo la consideración de que la garantía «a primera demanda» no es sino una fianza solidaria en la que el garante renuncia al beneficio de excusión.

Por lo que atañe a la doctrina y jurisprudencia españolas¹⁰, se ha negado, en general, la naturaleza fideiusoria de estas garantías, por entender que su carácter abstracto es incompatible con el carácter esencialmente accesorio de la fianza.

Así, entiende SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE¹¹ que «la falta de accesoriedad se convierte en la fundamental nota diferenciadora de las garantías a primera demanda(...). La renuncia a las excepciones implica la voluntad implícita de las partes del contrato de rechazar toda posible conexión entre ambas obligaciones y, consecuentemente, de constituir una obligación de garantía distinta de la fianza.»

Por su parte, CERDÁ OLMEDO¹² opina que, aun cuando la garantía independiente comparte con la fianza la función de aseguramiento y protección –perteneciendo ambas a la categoría de las garantías personales–, «difiere notablemente de ella, porque su función aseguradora es más acentuada y extraordinaria, más privilegiada y excepcional, lo que hace que exija un mecanismo jurídico diametralmente distinto del propio de la fianza».

⁷ Vide, además de los citados en la nota anterior, EISEMANN, «Arbitrage et garanties contractuelles», en *Revue de l'Arbitrage*, 1972, pp. 382 y ss.; PAIROUX, «Les garanties inconditionnelles dans le commerce international», en *Annales de la Faculté de Droit d'Économie et de Sciences Sociales de Liège*, núm. 2, 1982, pp. 233 y ss.; RAVAZZONI, «Le c.d. cauzioni fideiussorie», en *Le operazioni bancarie*, tomo II, Milano, 1975, p. 1.035.

⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias: Las cartas de "patrocinio" y las garantías "a primera demanda"», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, pp. 753 y ss.

⁹ BAR, *Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft*, tesis doctoral, Winterthur, 1963.

¹⁰ Además de los autores comentados, puede consultarse MARTÍNEZ CALCERRADA, «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *La Ley*, núm. 3.043, 1992, pp. 5 y ss.

¹¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias...», *op. cit.*, p. 775; también en «Proyecto de código...», *op. cit.*, p. 63.

¹² CERDÁ OLMEDO, «El aval a primer requerimiento», en *Derecho de los Negocios*, año 2, núm. 15 de diciembre de 1991, p. 9.

Con distinto planteamiento, pero llegando a idéntica conclusión, GUILARTE ZAPATERO¹³ admite la posibilidad de que el fiador se comprometa a no oponer frente al acreedor con respecto a las excepciones derivadas del vicio en la obligación principal, si bien en este caso –y con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad– «lo realmente perseguido por las partes ha sido dar lugar a una obligación principal, no accesoria ni subsidiaria, condicionada a la invalidez de otra, de cuya verificación depende, además, la existencia de la fianza como tal. De suerte que, si la obligación principal no llega a devenir inválida, el fiador responde en este concepto y, en el caso contrario, como deudor principal de una obligación condicionada a la producción de un determinado acontecimiento que, efectivamente, tiene lugar».

Sin embargo, entiende DE COSSIO¹⁴ que dichas garantías constituyen un nuevo tipo de fianza que no se apartaría del Código Civil, ya que, en su opinión, «pese a los términos imperativos del artículo 1.824 del Código Civil (...) no causaría excesiva violencia el encasillamiento de este tipo de fianza general, se llame independiente, a primera demanda, o a primer requerimiento, (...) en los términos de nuestro Código Civil».

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha negado en bastantes ocasiones el carácter fideiusorio de las garantías en las que se incluyen cláusulas «a primer requerimiento»¹⁵, si bien, en la mayoría de los casos ahí terminan sus pronunciamientos, no entrando a analizar la naturaleza de tal garantía, ni tampoco cuál pueda ser el fundamento o la vía para su incardinación en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, y en cuanto a la diferenciación de la fianza frente a dichas garantías, pueden mencionarse la Sentencia de 26 de diciembre de 1986 y la Sentencia de 14 de noviembre de 1989 (referida a un seguro de caución en garantía de ejecución de contrato de obra, con cláusula «a primer requerimiento»). En esta última se concluye que «es llano que no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito (...) siendo la obligación de la compañía de crédito y caución de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial». Más recientemente, ha vuelto el Alto Tribunal a pronunciarse sobre la cuestión al señalar, en su Sentencia de 7 de abril de 1992 (referida también a un seguro de caución), que la garantía en cuestión no era una fianza, lo cual se concluye de la

¹³ GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 1979, tomo XXIII, pp. 343 y ss.

¹⁴ DE COSSIO, «La fianza por deudas futuras. Interpretación y perspectivas del artículo 1.825 del Código Civil», en *Derecho de los Negocios*, año 4, número 31, abril 1993, pp. 9 y 10.

¹⁵ Vide, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1978 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1986.

No obstante, en algunos casos, ha seguido un criterio opuesto, como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1991 y Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992, sentencias que comentaremos más adelante.

circunstancia de haber sido constituida por una compañía de seguros¹⁶, así como del hecho de que en la póliza se incluía una cláusula «a primer requerimiento».

En nuestra opinión, y aun cuando –como hemos visto– no han faltado teorías en contra, la garantía independiente excluye la accesoriad y, por tanto, el carácter fideiussorio de dicha obligación, si bien, y como señalábamos más arriba, no hemos de olvidar que se mantiene siempre una cierta conexión entre la obligación del garante y la obligación principal, en la medida en que aquélla no podrá ser nunca económicamente más gravosa que ésta¹⁷. A esta necesaria conexión económica parece referirse el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de febrero de 1983, referida a un seguro de caución con cláusula «a primer requerimiento», al señalar, en referencia a la relación jurídica garantizada, que dicho contrato «sirvió únicamente como básico para determinar la suma asegurada».

c) *Admisibilidad de las garantías independientes*

El problema de la admisibilidad de este tipo de garantías se ha planteado también en la doctrina alemana, que –como señala SÁNCHEZ GUILARTE¹⁸– lo ha resuelto bajo la óptica del principio de libertad de pactos, concluyendo que no existe ningún precepto en el ordenamiento jurídico alemán que impida la constitución de una fianza con inclusión de una cláusula que indique que el pago se hará a la demanda del beneficiario.

Por lo que respecta a la doctrina española, la admisibilidad de estas garantías se ha venido realizando, igualmente, a través del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil. Así, señala DE COSSIO¹⁹ que tal admisibilidad se basa no sólo en el valor normativo de la autonomía de la voluntad, sino también en el sentido restrictivo que ha de darse a la interpretación del artículo 1.824 del Código Civil.

Por su parte, entiende MARTÍNEZ CALCERRADA²⁰ que, ante la falta de una referencia jurisprudencial donde se haya acometido esta figura, «puede acogerse en la libertad contractual del artículo 1.255 del Código Civil, por lo que no es atendible

¹⁶ Con respecto a esta primera afirmación, nos remitimos al capítulo IV, apartado B, «Naturaleza de la obligación asumida por el asegurador».

¹⁷ Así, señala SÁNCHEZ GUILARTE («Proyecto de código...», op. cit., p. 82) que también el Proyecto de Garantías y Fianzas a Demanda de la Cámara de Comercio Internacional establece un límite cuantitativo al importe de la garantía; disposición que, en opinión del autor, es reflejo de la imposibilidad de que el fiador se obligue a más que el deudor principal (artículo 1.826 de nuestro Código Civil). También en relación con esa conexión económica, afirma EISEMANN («Arbitrage...», op. cit., p. 386) que la independencia de la garantía respecto del contrato de base no impide que aquélla continúe siendo accesoria desde el punto de vista económico, accesoriad sin la cual la garantía no podrá haber sido emitida.

¹⁸ «Proyecto de código...», op. cit., p. 63.

¹⁹ DE COSSIO, «La fianza por deudas futuras...», op. cit., p. 9.

²⁰ «El contrato...», op. cit., p. 7.

cualquier obstáculo que pudiera cercenar su libre admisibilidad en el juego negocial, sin que quepa ignorar que dentro del tráfico jurídico económico (...) es evidente que dicha garantía cubrirá mejor las necesidades de dicho tráfico».

Ahora bien, configuradas las garantías independientes como garantías abstractas no re conducibles al ámbito de la fianza, cabe preguntarse²¹ si tienen éstas lugar en un ordenamiento jurídico como el nuestro, fundamentalmente causalista.

Al respecto, un sector de la doctrina ha señalado que, a pesar del carácter independiente y autónomo de la garantía, ello no permite afirmar que en la misma haya una ausencia total de causa. Así, entiende MARTÍNEZ CALCERRADA²² que por mucho que se quiera configurar a la garantía independiente como absolutamente abstracta, no se puede olvidar que siempre existe una «supeditación a la preeexistencia de una causa que justifique tanto la existencia de esa obligación subyacente como, sobre todo, la facultad del acreedor para dirigirse a ese fiador o garante». Tal supeditación va a tener, por tanto, como consecuencias: *a) el contrato de constitución de la garantía autónoma no es absolutamente independiente de la obligación subyacente, en la medida en que aquél desempeña respecto de ésta, un «cometido cautelar»;* *b) frente a la actitud abusiva del beneficiario cabrá siempre una exceptio doli a favor del garante, si éste constata que el deudor principal ha pagado o cumplido.*

A esa exigencia de una causa en las garantías independientes se ha referido también CERDÁ OLMEDO²³, al entender que siendo «la garantía independiente un producto atípico, producto de la autonomía de la voluntad, únicamente puede desenvolverse dentro del ámbito del poder de creación que establece nuestro ordenamiento jurídico, lo que se traduce en un innegable e ineludible sometimiento al control causal». Así, hace el autor referencia a la causa en la garantía autónoma, distinguiendo entre causa-función y causa de la atribución patrimonial²⁴. La primera, es decir, la razón en virtud de la cual la garantía es susceptible de recibir tutela jurídica, no es sino la función de aseguramiento y protección que aquélla desempeña. Por lo que respecta a la segunda, esto es, la justificación de esa atribución patrimonial que recibe el beneficiario, va a aparecer también en la garantía independiente en la medida en que la relación subyacente entre ordenante y beneficiario se podrá hacer valer en los casos de fraude o abuso de este último. Por ello, en los supuestos de falta de causa, causa viciada, simulada o ilícita, podrá el garante paralizar la reclamación del beneficiario mediante una *exceptio doli*.

²¹ En relación a cómo esta misma cuestión se ha suscitado en Alemania, Francia, Inglaterra e Italia, puede consultarse CARRASCO PERERA, *op. cit.*, 1992, p. 24.

²² «El contrato de fianza...», *op. cit.*, p. 7.

²³ «El aval...», *op. cit.*, p. 9.

²⁴ A la existencia de causa de la atribución patrimonial ha hecho mención el Tribunal de Milán, en Sentencia de 25 de septiembre de 1978, al señalar que el «Il contratto autonomo di garanzia, caratterizzato dalla mancanza di collegamento accessorio con il rapporto principale, è lecito per il nostro ordinamento, purché gli interessi regolati siano meritevoli di tutela e sussista una giusta causa di attribuzione».

Por lo que respecta al Tribunal Supremo, y como hemos visto, ha admitido la existencia de garantías independientes y no accesorias, si bien parece vacilar a la hora de calificarlas (o simplemente se limita, como en algunas de las sentencias mencionadas más arriba –*vr.gr.* la Sentencia de 26 de diciembre de 1986–), a señalar que la garantía contemplada no es una fianza). Así, las calificaciones que ha hecho de las mismas han sido muy variadas; la Sentencia de 14 de noviembre de 1989 señala que «nos encontramos ante una operación compleja que, más que al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza (...) se parece a lo que, con nombre ciertamente equívoco, se viene denominando **apertura de crédito documentario**»²⁵. Con términos similares se expresa en la Sentencia de 24 de diciembre de 1978, al señalar que «no se está ante una simple fianza convencional, sino ante un *contrato complejo*, autorizado por el principio general de autonomía de la voluntad privada contenido en el artículo 1.255 del Código Civil...».

Por su parte, la Sentencia de 27 de octubre de 1992 ha calificado a estas garantías autónomas como «contrato atípico producto de la autonomía de la voluntad». Existe un completo comentario de esta sentencia del profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE en el número 50 de RDBB.

Con anterioridad a éstas, el Tribunal Supremo, en un conjunto de sentencias (Sentencia de 7 de diciembre de 1968, Sentencia de 21 de marzo de 1980 –que desarrolla a la anterior– y, más recientemente, la Sentencia de 11 de julio de 1983), parece dar cabida –si bien de forma indirecta– a la garantía independiente, bajo la idea del **concepto amplio de aval**. Esta corriente, que como tuvimos ocasión de ver en los capítulos anteriores, tiene su origen en el comentario del profesor BLANCO CAMPAÑA²⁶, propugna un «concepto amplio de aval», que permita agrupar una serie de afianzamientos cuyos caracteres comunes son, por un lado, el ser normalmente prestados por profesionales y, por otro lado, el no ser absolutamente re conducibles al régimen jurídico de la fianza. Concretamente, la Sentencia de 11 de julio de 1983²⁷, señala que «se viene planteando en el ámbito jurídico la problemática de las garantías personales, cuyo estudio sociológico puede mostrar casos en los que (...) frente a una visión tradicional que pudiera reconducir las garantías personales a las obligaciones cambiarias o a la fianza (...) ofreciendo nuevas figuras que tienden a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada (...) reconociendo, en esencia, la admisión por la doctrina moderna en el aval de considerarlo no sólo como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como contrato de garantía, de cumplimiento de otros contratos».

²⁵ También en los países de *common law*, y como señala BELL (*Las garantías bancarias*, París, 1981, pp. 307 y ss.), las garantías autónomas o independientes se han equiparado al crédito documentario.

²⁶ BLANCO CAMPAÑA, «Aval cambiario y aval como contrato de garantía», en RDBB, núm. 7, 1982, pp. 679 y ss.

²⁷ En cuyos considerandos se incluyen párrafos enteros del comentario del profesor BLANCO CAMPAÑA a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1980.

No obstante, la utilización que el Tribunal Supremo hace de esa forma de garantía atípica –designada como «aval en sentido amplio»–, como medio de encajar en nuestro ordenamiento las garantías autónomas, no parece tener, por ahora, mucha acogida por la doctrina. Así, CARRASCO PERERA²⁸, además de entender que la construcción de la teoría del «aval en sentido amplio» no era quizás necesaria en el supuesto concreto estudiado por el Tribunal Supremo –aval prestado en letra de cambio–, se adhiere a la opinión de DELGADO ECHEVERRÍA²⁹ en el sentido de que en la sentencia no queda claro cuál es el efecto y la naturaleza jurídica de este particular contrato de garantía. En el comentario a esta misma sentencia, y en la misma línea de opinión, considera SÁNCHEZ GUILARTE³⁰ que, bajo el término aval se encuadran, algunas veces de forma errónea, garantías personales de muy distinta naturaleza³¹, y es evidente que «pretender introducir todas estas diferentes creaciones de la libertad contractual en una interpretación amplia del aval es una tarea un tanto problemática, sobre todo si se considera que son instrumentos surgidos en ordenamientos jurídicos francamente dispares, e, incluso, que arrancaron de posiciones enfrentadas en algunos aspectos».

Tampoco ha sido el Tribunal muy prolífico a la hora de pronunciarse en torno al encuadramiento de estas garantías en nuestro Derecho. Tan sólo en las Sentencia de 24 de diciembre de 1978, Sentencia de 11 de julio de 1983, Sentencia de 14 de noviembre de 1989 y Sentencia de 27 de octubre de 1992 hace el Tribunal referencia al principio de libertad contractual. Concretamente, señala en la Sentencia de 14 de noviembre de 1989 que en cuanto «a la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito», es evidente que, con respecto a ella «no existe obstáculo legal en orden a su eficacia en nuestro ordenamiento positivo, que encuentra su fuerza vinculante en el principio de la libertad de contratación proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil».

Esta remisión al artículo 1.255 como medio de justificar las garantías independientes no ha estado exento de una cierta polémica. Así, CARRASCO PERERA³², en el comentario a la citada Sentencia de 14 de noviembre de 1989, ha criticado la forma indiscriminada en que el Tribunal acude al artículo 1.255 del Código Civil para justificar determinadas figuras e institutos, en este caso las garantía «a primera demanda», sin tan siquiera entrar a analizar si son compatibles con el propio concepto de garantía. Con ello, en definitiva, parece no sólo que el Tribunal evita el tener que cuestionarse qué carácter tiene la accesoria en la fianza –esencial o natural–, sino que además –lo que es aún más grave– su razonamiento lleva a concluir «que las

²⁸ *Op. cit.*, 1992, p. 12.

²⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983», en *CCJC*, núm. 3 y 72.

³⁰ SÁNCHEZ GUILARTE, «Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una «garantía personal atípica», en *BBTC*, 1985, pp. 173 y ss.; también en «Garantías bancarias...», *op. cit.*, p. 756.

³¹ Cita el autor, en concreto, los avales bancarios, garantías a primera demanda, cartas *stand by*, cartas de confort, *fideiussione omnibus*, etcétera.

³² CARRASCO PERERA, *op. cit.*, 1992, p. 15.

normas de la fianza son típicamente imperativas; es decir, que dado un supuesto de hecho calificable de fianza, tienen que concurrir en él todas las normas del Código Civil relativas a la fianza, de tal forma, que si no se produce esta concurrencia, el contrato se sustraerá a la calificación de fianza».

d) La calificación de la garantía independiente. Criterios de interpretación

Hasta ahora, hemos venido hablando de las llamadas garantías autónomas o independientes, llamadas también «a primera demanda» o «primer requerimiento». Ahora bien, es necesario hacer aquí una precisión de suma importancia, la inclusión –en el texto de una garantía– de una cláusula de tal naturaleza no es sin más argumento suficiente para entender que nos encontramos ante una garantía independiente. Será necesario determinar cuál fue la voluntad de las partes a la hora de redactar dicho contrato³³. Tal determinación comporta, indudablemente, importantes consecuencias prácticas³⁴.

En este sentido, existe una gran controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional acerca de los criterios interpretativos que se han de utilizar. Un examen de la jurisprudencia internacional al respecto³⁵ pone de manifiesto cómo las interpretaciones que de dichas cláusulas se han hecho van desde la consideración de que la citada cláusula tiene únicamente el valor de una inversión de la carga probatoria³⁶, hasta la de que significa que el garante está obligado a pagar sin poder exigir prueba alguna y sin poder oponer ninguna excepción³⁷, pasando por otras interpretaciones en cierto modo «intermedias», como la que entiende que la cláusula «a primera demanda» no ha de interpretarse como presunción irrefutable de la autonomía de la garantía, sino como un mero criterio favorable³⁸.

He aquí algunos de los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han apuntado:

1) El carácter abstracto de la garantía no ha de ser descalificado por el simple hecho de que su reclamación esté sometida a determinadas condiciones. Así, recogen GAVALDA y STOUFFLET³⁹ los siguientes supuestos –denominadas garantías documentales o condicionales:

³³ Al respecto, *vide*, entre otros, SALANITRO, «Le fideiussioni bancarie», *BBTC*, 1984, I, pp. 140 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias...», *op. cit.*, pp. 759 y ss.

³⁴ Así, señala INFANTE PÉREZ (*op. cit.*, p. 18) que «en una gran mayoría de casos, cuando el beneficiario del aval reclama al fiador, alegando el incumplimiento del avalado, las relaciones entre los intervinientes en el contrato principal no son pacíficas, encontrándose el fiador entre el dilema de no pagar, exponiéndose a una reclamación judicial del beneficiario del aval, o pagar, con el peligro de no poder repetir la cantidad pagada contra su afianzado».

³⁵ *Vide*, POULET, «La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux», *BBTC*, I, 1982, p. 401.

³⁶ Esta interpretación es la que se contiene en una decisión del Tribunal de Comercio de Bruselas, de agosto de 1979, que, sin embargo, fue modificada en apelación en diciembre de 1981.

³⁷ Por ejemplo, la Sentencia del L.G. de Stuttgart, de agosto de 1980, y la Sentencia del Tribunal de París, de enero de 1981.

³⁸ Sigue este criterio la Sentencia del BGH alemán, de mayo de 1979.

³⁹ GAVALDA y STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», en *Rev. trim. droit comm. et droit, ec.*, tomo XXXII, 1980, p. 13.

→ Cuando la realización de la garantía se condiciona a que el beneficiario afirme por escrito que el hecho desencadenante de la puesta en juego de la garantía se ha producido (por ejemplo, el incumplimiento). En este caso, el carácter independiente de la garantía no se ve afectado en la medida en que basta la mera afirmación del beneficiario, sin que sea necesaria la prueba de la veracidad de tal afirmación. No obstante, la exigencia de la misma –si bien no protege al ordenante de una reclamación abusiva– facilita enormemente el ejercicio de una posterior acción del ordenante frente al beneficiario (a efectos, fundamentalmente, de probar la mala fe de éste)

– Cuando la ejecución de la garantía está subordinada a la presentación por parte del beneficiario de documentos (normalmente informes periciales) que verifiquen la producción de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso, entienden estos autores que tampoco se produce una pérdida del carácter principal e independiente de la obligación de garantía, por cuanto el garante no está obligado a verificar la autenticidad de dichos documentos; para el garante será suficiente comprobar que presentan una apariencia de conformidad con los términos de la garantía y que no son manifiestamente falsos

– Sin embargo, cuando la reclamación de la garantía se haga depender de una sentencia o laudo arbitral en el que se declare el incumplimiento de la obligación garantizada, entienden estos autores que nos encontramos, no ya ante una garantía autónoma, sino ante una auténtica fianza.

2) La inclusión de una cláusula «a primer requerimiento» ha de entenderse como criterio favorable⁴⁰ a la interpretación de que lo que pretendían los contratantes era constituir una garantía independiente. Sin embargo, cuando el clausulado del contrato sea confuso –supuesto muy frecuente por lo que a pólizas de seguro de caución se refiere– habrá de estarse, ante todo, a la voluntad de las partes, es decir, habrá que acudir a los criterios generales de interpretación del Código Civil. Éste parece ser el criterio seguido por la doctrina alemana⁴¹, que entiende que las declaraciones de garantía habrán de interpretarse de acuerdo con las reglas generales de interpretación de los contratos y, en ningún caso, basándose exclusivamente en una estipulación aislada.

Precisamente en referencia a los supuestos en los que el texto de la garantía sea confuso –confusión que, normalmente, se origina al incluirse en ella términos que son aparentemente contradictorios con el carácter independiente de la garantía, tales como la utilización del término «fianza» o la referencia, más o menos explícita, al contrato garantizado– recoge POULLET⁴² algunas decisiones de tribunales europeos referidas a supuestos en los que se incluyen cláusulas ambiguas. De tales decisiones concluye que, en líneas generales, cuando la referencia al contrato garantizado es genérica (es decir, se menciona el contrato de base, pero sin específica referencia a las

⁴⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias...», *op. cit.*, p. 760.

⁴¹ *Vide*, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias...», *op. cit.*, pp. 759 y ss.

⁴² «La jurisprudence...», *op. cit.*, pp. 401-402.

obligaciones del deudor garantizado o al contenido de las mismas), dicha referencia ha de considerarse sin importancia, manteniéndose el carácter autónomo de la garantía⁴³. Sin embargo, si la referencia es concreta y relativa, no ya al contrato, sino a las obligaciones del ordenante, ha de afirmarse que la garantía es accesoria⁴⁴.

Tales criterios, en nuestra opinión, no se apartan del reseñado con anterioridad, ya que con ellos, en definitiva, lo que se está es tratando de indagar cuál fue la voluntad de los contratantes al redactar la garantía.

3) De distinta forma ha de interpretarse la inclusión de cláusulas de renuncia a la oposición de excepciones. Dicha inclusión ha de estimarse –en opinión de SÁNCHEZ-CALERO⁴⁵– como prueba de la voluntad de los contratantes de constituir una garantía autónoma. Ello es lógico en la medida en que, tal renuncia a oponer excepciones, refleja, inequívocamente, la voluntad del garante de mantener su obligación de garantía al margen de las posibles vicisitudes de la relación jurídica de base.

Por lo que respecta a nuestro Tribunal Supremo, no parece tener un criterio uniforme, dado que en algunos casos, (Sentencia de 16 de febrero de 1983, Sentencia de 14 de noviembre de 1989, Sentencia de 7 de abril de 1992,...) de la inclusión de una cláusula «a simple requerimiento» ha deducido, sin más, la existencia de una garantía no accesoria, distinta de la fianza.

Por contra, en otros casos ha mantenido el carácter accesorio de la misma, a pesar de dicha cláusula. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 2 de octubre de 1990, referida a un aval bancario en garantía del cumplimiento de obligaciones contractuales, el Tribunal Supremo consideró que, a pesar de que el citado aval se había constituido bajo la modalidad conocida como «aval a primera demanda» o «primer requerimiento», era imprescindible, a efectos de determinar la legitimidad de la reclamación frente al banco garante, «examinar las obligaciones contraídas en ese contrato, y constatar el incumplimiento y las responsabilidades que de ellos se derivan». El Tribunal Supremo, basándose exclusivamente en la literalidad de dicho aval (éste incluía una cláusula en la que textualmente se señalaba que el banco avala «hasta la cantidad máxima de 3.860.000 pesetas en concepto de fianza definitiva»), concluyó que la interpretación que de las cláusulas «a primer requerimiento» propugnaba el avalado (en el sentido de dar lugar una garantía independiente), «desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un simple reconocimiento de deuda, al pretender que el avalista venga obligado a pagar siempre y en todo caso, cualquiera que fuesen las obligaciones afianzadas». Por ello, y por mucha amplitud que «quiera dársele a las expresiones “aval a primera demanda” o “primer requerimiento” (...) hay que ponerlos necesariamente en relación con la frase anterior, «obligaciones derivadas del contrato» y sólo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador».

⁴³ Así lo ha entendido la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en decisión de septiembre de 1979, así como una sentencia de la Corte de apelación de los Estados Unidos de abril de 1978.

⁴⁴ Así lo ha entendido, excluyendo el carácter autónomo de la garantía, el Tribunal de Comercio de París, en Sentencia de marzo de 1981.

⁴⁵ «Garantías bancarias...», *op. cit.*, p. 760.

A similar conclusión llega el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de abril de 1991, referida a un aval bancario que podría incluirse en lo que el proyecto de la Cámara de Comercio Internacional denomina como «garantías a demanda documentaria». En efecto, en el documento de constitución de la garantía se incluía una cláusula en virtud de la cual el banco abonaría cualquier importe hasta el límite de la indicada garantía «al primer requerimiento que sea efectuado de forma fehaciente por el beneficiario al que acompañe certificación expedida por un arquitecto designado a tal efecto». No obstante, y a pesar de dicha cláusula, el Tribunal entendió que «conforme previene el párrafo primero del artículo 1.822 del Código Civil (...) necesariamente se requiere para su efectividad que venga reconocido el incumplimiento generante de responsabilidad que el aval garantizaba».

En definitiva, el Tribunal Supremo, en las dos últimas sentencias citadas, apoyándose en una interpretación textual del término «fianza» utilizado en el documento de aval, opta por no dar relevancia a la cláusula «a primer requerimiento» y considerar que nos encontramos ante una simple fianza, circunstancia por la cual el avalado –para exigir del banco fiador el cumplimiento de sus obligaciones– no tendrá más remedio que demostrar la validez de la obligación garantizada, así como su incumplimiento por el deudor avalado. De este modo, y al limitarse el Tribunal Supremo a privar de eficacia a dichas cláusulas sin especificar en qué sentido han de ser interpretadas, está haciéndolas prácticamente irrelevantes.

En nuestra opinión, tal vacilación del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación de las mencionadas cláusulas se debe quizás, más que a la confusión doctrinal y terminológica, a los inevitables problemas prácticos que estas cláusulas a primera demanda generan⁴⁶. De hecho, no han faltado quienes, como CERDÁ OLMEDO⁴⁷, en un intento de conciliar los distintos pronunciamientos del Tribunal, han pretendido demostrar que estas dos últimas sentencias no sólo no contradicen, sino que confirman la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia de 14 de noviembre de 1989. Concretamente, señala el autor que el Tribunal Supremo «viene a reconocer que la garantía pura es una garantía extraordinaria y privilegiada y, en consecuencia, no es adecuado su uso común o generalizado». Aun cuando nos adherimos por completo a esta afirmación, no podemos, sin embargo, dejar de discrepar en cuanto a la consideración de que, en el caso concreto, el Tribunal llegó a tal conclusión ante «la falta de inequívoca voluntad de constituir una garantía pura» y no estamos de acuerdo con ello porque, en nuestra opinión, y desgraciadamente, de la lectura de la sentencia no parece concluirse que tal haya sido el razonamiento seguido por el Alto Tribunal.

Por ello, y desde nuestro punto de vista, lo realmente peligroso no es que el Tribunal Supremo no siempre interprete estas cláusulas de igual forma –es decir, que en unas ocasiones las configure como determinantes de una garantía independiente y, en otras ocasiones, las considere casi irrelevantes–; lo verdaderamente grave es la

⁴⁶ *Vide, infra*, al respecto, el apartado «e): Eficacia de las garantías a primera demanda». Utilización abusiva.

⁴⁷ «El aval...», *op. cit.*, p. 11.

falta de un criterio uniforme –o, más claramente, la falta de un criterio– que permita saber cuándo han de interpretarse en un sentido u otro.

Por último, y con esto concluimos este apartado, cabe preguntarse ¿qué sentido o qué eficacia ha de darse, entonces, a las cláusulas «a primer requerimiento» cuando haya de concluirse que la de los contratantes no fue la de constituir una garantía independiente?

En nuestra opinión, en los supuestos en los que de la mera inclusión de dicha cláusula no quepa deducir la voluntad de los contratantes de dar vida a una garantía autónoma, no cabe sino entender que tal cláusula implica una inversión en la carga probatoria, quedando el garante obligado –como medio de oponerse a la petición del beneficiario– a probar la no verificación del hecho que daba lugar a la exigibilidad de la garantía. Una interpretación distinta haría irrelevante la inclusión de dicha cláusula.

e) *Eficacia de la garantía «a primera demanda». Utilización abusiva*

El efecto más inmediato y fundamental del carácter autónomo de la garantía es el favorecimiento procesal del acreedor, esto es, a la simple reclamación el beneficiario, cobrará la garantía sin necesidad de alegar y probar la procedencia de tal reclamación; se produce, en definitiva, una inversión de la carga de la prueba⁴⁸, ya que el beneficiario puede reclamar la garantía sin necesidad de probar la procedencia del pago.

Ahora bien, la consideración de la garantía a demanda como una garantía absolutamente abstracta e independiente tiene consecuencias prácticas muy importantes, ya que la posibilidad de que el garante haya de hacer efectivo el pago a la simple petición del beneficiario, ha hecho, como señala SÁNCHEZ GUILARTE⁴⁹, que el gran riesgo de las garantías automáticas sea su utilización abusiva o de mala fe, que si bien en la práctica no alcanza un porcentaje demasiado alto, no por ello deja de ser preocupante. Esta utilización abusiva se concreta en dos tipos de prácticas:

- Utilizar la amenaza de ejercicio de la garantía como medio para obtener una prórroga de la misma (lo que se conoce como «extend or pay»). Esta práctica es, sin embargo, muy difícil de sancionar y corregir.
- Reclamar el pago de la garantía sin que se haya producido el incumplimiento de la obligación garantizada, en definitiva, como un medio de obtener un enriquecimiento injusto⁵⁰.

⁴⁸ Señala SALANITRO («Le fideiussione bancarie», en *BBTC*, año XLVII, 1984, I, p. 141) que la obligación (que es también un derecho) del garante de cumplir frente al beneficiario con independencia de la oposición del ordenante, tiene como consecuencia el que, si el ordenante quiere impedir el pago, deberá hacerlo a través de una providencia inhibitoria dictada por la autoridad judicial. Ello significa, probablemente, que la autonomía de las garantías independientes se manifiesta más en un plano procesal que sustancial.

⁴⁹ «Garantías bancarias...», *op. cit.*, p. 775.

⁵⁰ Si bien son poco frecuentes, se han dado casos tan sangrantes como el del beneficiario comprador de mercancías que, una vez recibidas éstas, ha reclamado el pago de la garantía sin ni siquiera haber abonado el precio de aquéllas.

Ante ello, hemos de preguntarnos qué mecanismos jurídicos tiene el garante para defenderse frente a la pretensión abusiva del beneficiario. Las posibilidades son las siguientes:

- Al concertar la garantía, puede el garante prever que, en el momento en que el beneficiario reclame el pago, tenga éste que entregar algunos documentos que –según los términos del Proyecto de Código de la Cámara de Comercio Internacional– «refuerzen la reclamación de la garantía»⁵¹. Ello, como señala SÁNCHEZ GUILARTE⁵², disminuye enormemente el riesgo de reclamación abusiva, en la medida en que la documentación exigida suelen ser certificaciones o pruebas periciales de que se ha producido el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal. Sin embargo, ello plantea el problema relativo a la validez, examen y falsedad de los documentos. En este sentido, entiende INFANTE PÉREZ⁵³ que es precisamente la exigencia de estos documentos acreditativos de una falta de cumplimiento o cumplimiento defectuoso (documentos que, a ser posible, serán redactados por terceros ajenos a la obligación garantizada), lo que permite una utilización beneficiosa de la garantía «a primera demanda». De este modo, y puesto que la prueba del incumplimiento de la obligación garantizada suele ser, en la práctica, no solo difícil sino también fuente de controversias entre las partes intervenientes, tales documentos se convertirían en un principio de prueba del incumplimiento del afianzado. Así, a la presentación de los mismos, el garante está obligado a pagar sin perjuicio de que, posteriormente, el afianzado –no estando conforme con la prueba del incumplimiento– inicie un pleito frente al beneficiario, pero dejando al margen al garante⁵⁴. Con ello, se mantiene, además, la independencia de la obligación del garante con respecto a la obligación garantizada⁵⁵.

- *A posteriori*, esto es, una vez satisfecho el pago, puede el garante hacer efectivas, frente al contratante –deudor principal– las contragarantías que hubiese

⁵¹ Precisamente una garantía de este tipo es la que se había constituido en el supuesto analizado y resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de abril de 1991.

⁵² «Proyecto de código...», *op. cit.*, pp. 78-79.

⁵³ «El contrato...», *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴ De este modo, la garantía independiente se configuraría, en palabras de CERDÁ OLMEDO («El aval a primer requerimiento...», *op. cit.*, p. 11), «como cláusula *solve et repete*, no accesoria, o, si se prefiere, como *pactum de non petendo*, de alcance provisional»; en la misma línea *vide* DÍAZ MORENO, «Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre las garantías “a demanda”», *Derechos de los Negocios*, núm. 36, 1993, p. 1.

⁵⁵ Utiliza INFANTE PÉREZ un ejemplo que nos parece muy ilustrativo y perfectamente aplicable a las compañías de seguros. Supongamos que un banco –o compañía de seguros– presta aval garantizando la ejecución de una obra consistente en la instalación de una planta industrial. El beneficiario de la garantía exige el importe de la misma alegando defectos en la ejecución de la obra. Aun en el caso, poco probable, de que el banco o compañía de seguros tuviese personal técnico capacitado para emitir un dictamen al respecto, siempre acabaría el asunto en que el banco –o compañía de seguros– sería demandado por el afianzado si, siendo el informe positivo en cuanto al incumplimiento, pagó la garantía; por el beneficiario si, siendo el informe en sentido contrario, se negó a pagar; para evitar esto, el garante tiene de recho-deber a pagar con la sola presentación del informe (redactado, por ejemplo, por un organismo oficial), quedando siempre a salvo la posibilidad de que, en caso de desacuerdo del afianzado con el contenido del informe, ejerzte la correspondiente acción frente al beneficiario (el garante queda al margen).

previsto, así como, y por lo que respecta al seguro de caución, ejercitar la acción de reembolso que –conforme al artículo 68 de la LCS– le corresponde. En lo que atañe a la acción de reembolso, choca, como es lógico, con el obstáculo de la posible insolvencia del deudor principal, con independencia de que, incluso aunque esta acción prospere, no con ello se evita el enriquecimiento indebido del beneficiario. En este caso, tendrá el ordenante frente al beneficiario una acción de enriquecimiento injusto, que, no obstante, ha demostrado ser poco eficaz en la práctica.

• Sin embargo, y en nuestra opinión, la cuestión verdaderamente importante es la de si, realizada la reclamación por parte del beneficiario y teniendo el garante conocimiento de que es una reclamación injusta, puede –o, incluso, debe– oponer algún tipo de excepción. En principio, habrá de admitirse la posibilidad de que el garante oponga excepciones derivadas del propio contrato de garantía, tales como el incumplimiento, por parte del beneficiario, de alguno de los requisitos formales de la reclamación⁵⁶. No parece admisible, sin embargo, que el garante pueda oponer excepciones derivadas del contrato subyacente –contrato garantizado– ya que ello, aunque evitaría la reclamación injustificada del beneficiario –por ejemplo, en el caso de que no hubiera habido incumplimiento por parte del deudor principal– sería abiertamente contrario al carácter no accesorio de tal garantía (no accesoriaidad que es, precisamente, su razón de ser). Admitir dicha oponibilidad supondría considerar irrelevantes las cláusulas «a primer requerimiento». No obstante, DÍAZ MORENO⁵⁷ ha puesto de manifiesto cómo el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de octubre de 1992, ha permitido, basándose en el principio de la buena fe contractual, que pueda el «garante –en caso de contienda– probar que el deudor ha cumplido su obligación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba (...) Todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan surgir como consecuencia del pago de la garantía, la de regreso del garante frente al ordenante y la causal entre los interesados en la relación subyacente». Y ello como vía excepcional para evitar reclamaciones abusivas.

Esta imposibilidad del garante de oponer excepciones a la reclamación del beneficiario es el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en las Sentencia de 14 de noviembre de 1989, Sentencia de 7 de abril de 1992, así como, aunque de forma indirecta, en la Sentencia de 16 de febrero de 1983. No obstante, CARRASCO PERERA⁵⁸, al comentar la primera de ellas, en la que el Tribunal Supremo concluyó la obligación de pagar del garante –una compañía de seguros– basándose en la afirmación de que admitir lo contrario iría contra la buena fe, se cuestiona si no será igualmente contrario a la buena fe la conducta del beneficiario que exige la garantía aunque no se haya producido el incumplimiento.

⁵⁶ Por ejemplo, la no presentación de documentos cuando así se hubiere pactado al concertar la garantía.

⁵⁷ DÍAZ MORENO en la reseña de jurisprudencia bancaria, *Derecho de los Negocios*, año 4, número 31, abril 1993, p. 25.

⁵⁸ *Op. cit.*, 1992, p. 17.⁵⁹ La orientación de la sentencia no se contradice con el criterio establecido en la

De todo ello ha de concluirse que la única forma de evitar la actitud abusiva del beneficiario es el recurso a la buena fe. Así lo entienden SÁNCHEZ GUILARTE⁵⁹ y DE COSSIO⁶⁰. Para este último, y teniendo en cuenta que el artículo 1.258 del Código Civil, obliga al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino a todo aquello que se derive de la buena fe, «podrá el fiador oponer al acreedor la inexistencia de causa en el contrato principal».

Esta opinión es también la mantenida por la doctrina extranjera, que considera que son dos los únicos supuestos en los que el garante puede negarse al pago:

- a) Abuso manifiesto del beneficiario
- b) Ilicitud del contrato garantizado

En nuestra doctrina, ha sido CERDÁ OLMEDO⁶¹ quien se ha ocupado fundamentalmente del tema, planteándose en qué casos ha de admitirse la posibilidad de que el garante, frente a la reclamación del beneficiario, oponga una *exceptio doli*. Así, y siguiendo la exposición de este autor, los supuestos en que el garante puede negarse a la petición del beneficiario, mediante una *exceptio doli*, serían⁶²:

- a) Cuando el garante conociera el fraude del beneficiario (porque se dedujera de la carta de garantía o por ser notorio).
- b) Cuando la garantía independiente careciera de causa o ésta estuviese viciada (señala el autor como ejemplos la garantía de sumisión –en el caso en que no hubiera oferta de contrato al que el ordenante debiera someterse– y la garantía de restitución de anticipos –si no hubiese tenido lugar la previa entrega de los mismos).
- c) Cuando la garantía tiene una causa simulada o ilícita

No obstante, admite el autor que no hay una total correspondencia entre los posibles supuestos de actitud fraudulenta del beneficiario y los casos en los que el garante puede negarse al pago de la garantía; el supuesto quizás más frecuente de fraude –falta de incumplimiento del ordenante– sigue sin estar cubierto. En dicho caso, y como ya dijimos, estima CERDÁ que la garantía se convierte en una simple cláusula de *solve et repete* no accesoria.

En nuestra opinión, la tesis de CERDÁ, si bien es factible en teoría, presenta innumerables problemas prácticos:

- a) Tal *exceptio doli*, ¿no supone, en definitiva, un deber de información a cargo del garante que choca, inevitablemente, con la pretendida abstracción de su obligación de garantía?, ¿en qué casos y quién ha de interpretar que la mala fe del beneficiario es notoria?

⁵⁹ «Proyecto de código...», *op. cit.*, p. 109.

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 9 y 10.

⁶¹ «El aval...», *op. cit.*, pp. 11 y ss.; también en «Garantía...», *op. cit.*, pp. 170 y ss.

⁶² El propio CERDÁ advierte, sin embargo, que si no se quiere «arruinar la función típica de la garantía», se impone una interpretación restringida de la *exceptio doli*.

- b) La posibilidad de que, en determinados casos, el garante oponga la *exceptio doli*, ¿es simplemente un derecho o también un deber, con las importantísimas repercusiones prácticas que el incumplimiento de ese supuesto deber llevaría acarreadas⁶³? Ello tiene especial importancia en relación con la situación en que, en caso de un pago indebido por parte del garante, se va a encontrar el ordenante de la garantía.

En efecto, hasta ahora, al hablar de la utilización abusiva de las cláusulas «a primer requerimiento», nos hemos referido siempre a las posibles defensas del garante frente a la conducta abusiva del beneficiario. No obstante, la práctica nos pone de manifiesto que perjudicado es también el ordenante de la garantía, en la medida en que, una vez efectuado el pago, el garante repite dicho pago frente a él, sin que pueda oponerle excepción alguna, ya que en el clausulado de la póliza se ha recogido expresamente el derecho del asegurador a efectuar el pago a simple requerimiento del beneficiario⁶⁴, no estando aquél obligado a verificar la procedencia de tal requerimiento.

En estos casos, por otro lado muy frecuentes, entiende FONT GALÁN⁶⁵ que se produce una doble renuncia al juego de las excepciones, por parte del asegurador frente al asegurado beneficiario y por parte del tomador, frente al asegurador. Con ello entiende el autor que se tiende a un mayor equilibrio entre los sujetos intervinientes. En contra, considera FONT RIBAS⁶⁶ que ello no es exacto si se tiene en cuenta que ambas renuncias no son homogéneas. En efecto, «el asegurador se halla objetivamente en mejores condiciones que el tomador para el ejercicio de su acción; y no sólo eso, sino que además, la mejora de esas condiciones se hace a costa de éste último, por cuanto se le impide el ejercicio de excepciones que dispondría con arreglo a la ley imperativa». Opina además este autor que las cláusulas en las que la compañía de seguros –garante, en general– se reserva el derecho a hacer efectiva la

⁶³ Pensemos en el supuesto siguiente; una compañía de seguros emite una póliza de seguro de caución para garantizar el cumplimiento –por parte del tomador del seguro «T»– de las obligaciones derivadas del contrato celebrado con «A» –asegurado–, contrato que no ha existido. Llegado el momento en que B reclama el pago de la garantía, ¿qué hará la Compañía aseguradora?

- a) Pagar sin más, evitando así complicaciones y ejecutando de inmediato las contragarantías previstas o la acción de regreso del artículo 68 del Código Civil frente al tomador (lógicamente, el asegurador prestó la garantía en atención a la solvencia del tomador).
- b) Negarse al pago, corriendo así el riesgo de un litigio en el que se vería obligado a probar la procedencia de su negativa –demostrar, en definitiva, la nulidad del contrato base.

Recordemos además, y aún a riesgo de ser excesivamente reiterativos, que el asegurador es el primer interesado en pagar sin averiguar la legitimidad y oportunidad de la reclamación del asegurado (para lo cual, probablemente, habrá realizado la oportuna renuncia a la oposición de excepciones). El único que estará realmente interesado en evitar el pago será el tomador, quien no puede ejercitar la *exceptio doli* y que difícilmente podrá demostrar que el asegurador debió de ejercitárla (esto es, que actuó negligentemente).

⁶⁴ Véase, al respecto, en el capítulo anterior, la polémica doctrinal acerca de la posibilidad del tomador de oponer excepciones frente a la acción de regreso ejercitada por el asegurador.

⁶⁵ «Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni», en *Assicurazioni*, 1976, pp. 217 y ss.

⁶⁶ Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983, CCJC, núm. 1, pp. 242 y ss. 1992, p. 17.

garantía sin entrar a analizar la procedencia de la reclamación del asegurado son, para el tomador, abusivas, ya que se invierte, en su perjuicio, el supuesto probatorio, de modo que será él el que habrá de probar —frente al beneficiario— la no existencia de incumplimiento, y ello siempre dentro del ámbito de la responsabilidad extra-contractual o de repetición contra el acreedor asegurado por cobro de lo indebido.

En sentido similar se expresa SALANITRO⁶⁷. En su opinión, quien ocupa la posición más débil es el ordenante de la garantía, ya que si el garante paga, le será difícil —en los casos en los que el requerimiento del beneficiario era improcedente— obtener del beneficiario la restitución de cuanto éste obtuvo.

En sentido similar se expresa SALANITRO⁶⁷. En su opinión, quien ocupa la posición más débil es el ordenante de la garantía, ya que si el garante paga, le será difícil —en los casos en los que el requerimiento del beneficiario era improcedente— obtener del beneficiario la restitución de cuanto éste obtuvo.

B) El seguro de caución y cláusulas «a primer requerimiento»

Al comenzar este capítulo, poníamos de manifiesto cómo es cada vez más habitual en las pólizas de seguro de caución incluir cláusulas «a primer requerimiento». En efecto, y como señala EMBID IRUJO⁶⁸, la exigencia de la prueba del incumplimiento por parte del asegurador «no es habitual entre nosotros, y si exceptuamos alguna de ellas (pólizas), en las que parece apuntarse la subordinación del pago del asegurador a algo comparable a la prueba del incumplimiento por el asegurado, el resto de las pólizas examinadas configura la producción del siniestro sin conexión aparente al incumplimiento o su prueba».

Dicha inclusión ha sido justificada por un amplio sector doctrinal que se ha basado en la función caucional de la póliza⁶⁹. Según esto, y en la medida en que la caución real permite al acreedor satisfacerse directamente sobre los bienes que constituyen la caución —dinero o títulos— mediante un acto unilateral —como es la incautación—, también en el seguro de caución debe consentirse que el acreedor se satisfaga mediante una simple declaración de querer incautar la suma asegurada. Es decir, con la inoponibilidad de excepciones que suele acompañar a dichas cláusulas, lo que se quiere es reforzar el crédito, acercando esta garantía a la garantía real representada por la caución.

La frecuencia de esta práctica, junto con el fenómeno de las garantías independientes al que hemos hecho referencia en el primer apartado de este mismo capítulo, obligan a plantearnos si tal inclusión convierte a la póliza de seguro en una garantía

⁶⁷ «Le fideiussioni bancarie...», *op. cit.*, p. 139.

⁶⁸ EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica», *Ley*, 1986, II, p. 1.071.

⁶⁹ MUNGARI, «Sulle garanzie cauzionali (contract bonds) prestate dalle imprese di assicurazioni italiane per l'esecuzione di lavori all'estero», *Assicurazioni*, 1979, I, pp. 59-60; SALVESTRONI, «Fideiussioni, speciali, atipiche o miste e solidarità "attenuata"», en *BBTC.*, 1982, I, p. 1.091; VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie e attività assicurative», en *Assicurazioni*, 1981, I, p. 503.

En contra de tal justificación, *vide.*, IPPOLITO, «Assicurazione di responsabilità e polizza c.d. fideiussoria», en *Assicurazioni*, 1985, p. 97.

autónoma, con las consecuencias que —como hemos visto— tal calificación lleva aparentada y, en caso de una respuesta afirmativa, si ello es admisible, esto es, si es posible que el seguro de caución sirva como medio de constitución de una garantía independiente. Aun cuando el problema de la interpretación de las cláusulas «a primer requerimiento» ha sido ya estudiado en referencia a las garantías en general, nos parece necesario volver a suscitar aquí la cuestión, ya que, aunque coincidentes en algunos aspectos, los seguros de caución presentan, frente a otras formas de garantía y, en especial, frente a los avales bancarios, algunas peculiaridades.

a) *Interpretación en el ámbito asegurativo de las cláusulas «a primer requerimiento»*

Por lo que respecta al ámbito estrictamente asegurativo, señala VOLPE PUTZOLU⁷⁰ que el significado de la cláusula «a primer requerimiento» no es unívoco. En principio, parece suponer simplemente la renuncia del asegurador a subordinar el pago de la indemnización a la prueba del siniestro, es decir, una mera inversión de la carga probatoria, que estaría justificada por el hecho de que, mientras que el asegurador tiene la posibilidad de recabar del tomador los documentos e información necesarios para comprobar la pretensión del asegurado, puede que para éste sea difícil probar un hecho negativo, como es el incumplimiento. Esta opinión es compartida por un sector doctrinal. Así, entiende IPPOLITO⁷¹ que las cláusulas de pago al simple requerimiento y, en conexión con ellas, las cláusulas de renuncia a la oposición de excepciones por parte de la entidad aseguradora, han de entenderse en un sentido o con una finalidad estrictamente procesal y no como tendentes a la creación de un negocio abstracto.

Desde este punto de vista, la función que cumplen dichas cláusulas es la de no subordinar el pago hecho por el asegurador a la prueba del incumplimiento de la obligación garantizada. Con ello, en definitiva, lo que se hace es invertir la carga de la prueba, estableciendo a favor del asegurado —en el caso de que éste exija el pago—, una presunción *iuris tantum* de que el deudor ha incumplido. Como es lógico, el asegurador puede romper dicha presunción mediante la prueba en contra. Ello nos lleva a la conclusión de que el asegurador podrá siempre oponer al asegurado las excepciones que se refieran a la inexistencia o nulidad de los elementos del contrato y, más específicamente, las que se deriven de la inexistencia o ilicitud de la causa, inexistencia del riesgo o actuación dolosa del asegurado.

No obstante, y como reconoce VOLPE PUTZOLU⁷², la cláusula a primer requerimiento suele ser interpretada por la doctrina mayoritaria⁷³ en el sentido de que el asegurador no sólo no puede exigir la prueba del incumplimiento, sino que no pue-

⁷⁰ VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie...», *op. cit.*, p. 501.

⁷¹ IPPOLITO, «Assicurazione di responsabilità...», *op. cit.*, pp. 96-97.

⁷² VOLPE PUTZOLU, «Garanzie fideiussorie...», *op. cit.*, p. 501; también en «Assicurazioni fideiussorie, fideiussione omnibus e attività assicurativa», en *BBTC.*, 1982, II, pp. 248-249.

⁷³ Cfr. PORTALE, «Fideiussione e Garantievertrag...», *op. cit.*, pp. 1.045 y ss.; RAVAZZONI, «Le c.d. cauzione fideiussorie», *op. cit.*, pp. 1.032 y ss.; la propia VOLPE PUTZOLU, «Garanzie...», *op. cit.*, pp. 501-503.

de oponer al acreedor ninguna excepción, ni siquiera las derivadas del propio contrato de seguro. Es decir, en el supuesto normal –y como señala EMBID IRUJO⁷⁴– 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. Esta misma interpretación parece ser la sostenida por SÁNCHEZ GUILARTE⁷⁵, al firmar que «el beneficiario traslada la carga de la prueba a la persona del ordenante que, en caso de estar disconforme con el pago de la garantía, será el obligado a actuar judicial o extrajudicialmente».

Es decir, no es que frente a la reclamación del beneficiario sea el garante el que haya de probar la no verificación del hecho que da lugar a la exigibilidad de la garantía, sino que el garante siempre está obligado a pagar, correspondiendo, en momento posterior, al ordenante el discutir la legitimidad o no legitimidad de la pretensión del beneficiario⁷⁶. El único medio de hacer valer la improcedencia de tal pago será el ejercicio posterior de una acción de enriquecimiento injusto⁷⁷.

Con ello, y en opinión de VOLPE PUTZOLU⁷⁸, la garantía así constituida se asemeja a las garantías independientes emitidas por los bancos. Al igual que ellas, no tienen naturaleza jurídica fideiusoria desde el momento en el que falta la esencial acesoriedad de la fianza⁷⁹.

Es en esta línea interpretativa donde se sitúa la postura de nuestro Tribunal Supremo, si bien es cierto que no han sido muchas las ocasiones que ha tenido el Tribunal de pronunciarse al respecto. Así, la Sentencia de 14 de noviembre de 1989, referida a un seguro de caución en garantía de un contrato de obra con suministro, condenó al asegurador a pagar –pago al que éste se había negado alegando que de los

⁷⁴ EMBID IRUJO, «El seguro de caución: régimen...», *op. cit.*, p. 1.068.

⁷⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias...», *op. cit.*, p. 742.

⁷⁶ Es significativa, al respecto, la expresión acuñada por la doctrina alemana «erst zahlen, dann prozessieren», es decir, «Primero pagar y después litigar».

⁷⁷ Con respecto al estudio de la acción de enriquecimiento injusto, *vide* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Acción causal y acción de enriquecimiento», en *RDBB*, n.º 25, 1987, pp. 22 y ss.

⁷⁸ «Garanzie...», *op. cit.*, p. 504.

⁷⁹ No han faltado otras opiniones que podríamos considerar como «intermedias». Así, para MUNGARI, («Sulle garanzie cauzionali...», *op. cit.*, p. 59), la inclusión de cláusulas «a primera demanda» da lugar a una utilización anómala del esquema de la fianza, en la medida en que se está utilizando el esquema fideiusorio –cuya función es la prestación de una garantía personal frente al incumplimiento de una obligación ajena–, con una finalidad distinta de la que le es propia: el pago de una suma de dinero en garantía de una posible responsabilidad futura, fin propio de la caución real. En opinión de MUNGARI nos encontramos, pues, ante un negocio indirecto.

informes que había obtenido no resultaba un incumplimiento del contrato por parte del asegurado— basándose, para ello, en la redacción literal de la póliza. Ésta señalaba que «el siniestro se entenderá producido cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o parte de las cantidades garantizadas (artículo 11), quedando autorizada aquélla para efectuarlo sin necesidad de que el contratante mostrara o no su conformidad, sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago era o no justificado, ni si el contratante habría de hacer después alguna objeción a ese respecto o interponer las acciones que le correspondieran (artículo 12)». Con anterioridad, el asegurador había sido condenado en primera instancia, al entender el juzgador que el documento de garantía (el «aval» entregado al asegurado, distinto de la póliza) no establecía expresamente que fuera necesario acreditar el incumplimiento del contrato de ejecución de obra.

Idéntica interpretación de la cláusula se hace en la Sentencia de 7 de abril de 1992, referida también a un seguro de caución en garantía de ejecución de un contrato de obra. Nuevamente se condena al asegurador a pagar, igualmente, según el articulado de la póliza. En este caso, basándose en el artículo 9, que señalaba que «Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro garantizado».

Como vemos, y aun sin afirmarlo explícitamente, el Tribunal Supremo configura estas pólizas como constitutivas de verdaderas garantías independientes. Con ello, no sólo permite que pueda constituirse dicha garantía a través de un seguro de caución, sino que, al llegar a tal solución sin señalar cuál ha sido el criterio utilizado en su labor hermenéutica, parece asumir la opinión de que las cláusulas «a primer requerimiento» sólo pueden ser interpretadas en ese sentido, esto es, como generadoras de garantías independientes.

No obstante, y en nuestra opinión, la interpretación que de las cláusulas hace el Tribunal Supremo es, sino rechazable, sí al menos criticable por tres razones⁸⁰:

1. Aun a riesgo de ser excesivamente reiterativos, queremos, de nuevo, poner de manifiesto la falta, en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, de criterios que permitan una correcta interpretación de las cláusulas «a primer requerimiento». Lo que para nosotros es evidente es que, teniendo en cuenta las graves consecuencias que pueden llevar aparejadas, no debe admitirse, sin más, su interpretación unívoca.

A ello hay que añadir la variedad de cláusulas y la diversidad de redacciones que utilizan los aseguradores; un examen de los términos y expresiones contenidas en

⁸⁰ Por lo que respecta al problema ya reseñado anteriormente (*vide*, apartado A de este mismo capítulo, «Admisibilidad de las garantías independientes»), de si las garantías independientes son, por su abstracción, admisibles en nuestro ordenamiento jurídico y, en especial y por lo que respecta al seguro de caución, si son compatibles con la naturaleza fundamentalmente causal del contrato de seguro, damos aquí por reproducido lo allí expuesto.

ellas demuestra que pueden encerrar significados muy distintos. En efecto, y sin ánimo de ser exhaustivos, reproducimos y comentamos aquí algunas de las más frecuentes⁸¹:

«El asegurador renuncia a toda discusión y se obliga (...) a pagar dicha suma (...) al primer requerimiento del asegurado, y sin que éste deba justificar la insolvencia del garantizado o su negativa al pago de la suma...»

La dicción de esta cláusula parece bastante clara. La expresa renuncia del asegurador a oponer excepciones parece manifestar la voluntad de constituir una garantía independiente.

«La compañía queda autorizada por la presente póliza para efectuar dicho pago, sin necesidad de que el contratante muestre o no su conformidad y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago era o no justificado.»

Esta cláusula supone, en principio, un cierto grado de abstracción, en la medida en que el asegurador no está obligado a verificar la legitimidad del requerimiento hecho por el asegurado. En este sentido, cabe admitir que una cláusula así redactada puede dar lugar a una garantía independiente. No obstante, hay algo que nos causa extrañeza, y es que, a diferencia de la cláusula anterior, en la que se decía expresamente «el asegurador renuncia», aquí se manifiesta que la compañía «quedó autorizada». Una interpretación literal del mismo nos llevaría a entender que el asegurador tiene libertad para, ante la reclamación del asegurado, oponer o no oponer las excepciones relativas a la procedencia de dicha reclamación. Ahora bien, en ese caso, ¿no se está dejando al libre arbitrio del asegurador la configuración –como abstracta o como accesoria– de la garantía?

«Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o parte de la suma garantizada, a causa del incumplimiento por el contratante de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro.»

Mayor perplejidad aún nos causa esta cláusula. En primer lugar, se dice textualmente que «se entenderá producido el siniestro...»; ante ello creemos que cabe preguntarse si la expresión «entenderá» no equivale a «presumirá», en cuyo caso tendría mucho más sentido la interpretación de la cláusula como una mera inversión de la carga probatoria (en definitiva, como presunción *iuris tantum* de incumplimiento). Por otra parte, se termina mencionando el incumplimiento del tomador como causa del requerimiento del tomador. En nuestra opinión, tal referencia no puede ser absolutamente irrelevante; cuando se dice que la falta de cumplimiento del contratante ha de ser la causa de la reclamación del asegurado es claro que no se quiere construir una garantía desvinculada de la relación subyacente. Si así fuese, es evidente que tal inciso estaría de más.

Al razonamiento anterior hemos de sumar la opinión iniciada –*vide supra*– en la jurisprudencia francesa y americana, tendente a mantener el carácter accesorio de

⁸¹ *Vide Anexos.*

la garantía cuando en la cláusula «a primer requerimiento» se contiene una mención concreta a las obligaciones cuyo cumplimiento se garantiza.

2. La equiparación que las citadas cláusulas hacen, en ocasiones, entre requerimiento del asegurado y siniestro, plantea el problema de hasta qué punto es admisible, según los principios asegurativos, una configuración similar del mismo.

Así, ha puesto de manifiesto FONT RIBAS⁸² que con la configuración que hacen estas pólizas del siniestro, permitiendo que dependa de la libre apreciación del asegurado la verificación del mismo, «no sólo se contradice un principio esencial en materia de seguros, según el cual el pago de la indemnización procederá luego de haber realizado el asegurador las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro (artículo 18 de la LCS), sino que prácticamente se deja al arbitrio de una parte —que no es contratante, pero sí beneficiaria y parte interesada— el cumplimiento del contrato (artículo 1.256 del Código Civil)».

No obstante, y a pesar de estas dificultades, tenemos que admitir, aun cuando sólo sea para salvar el carácter asegurativo de una práctica cuya importancia y actualidad es innegable, que la justificación de esta peculiar concreción del siniestro es siempre reconducible al amplio margen de libertad contractual que, para facilitar la delimitación del mismo, caracteriza al seguro de caución⁸³.

3. Por último, no podemos dejar de referirnos a la comprometida situación en que queda el tomador del seguro, circunstancia a la que ya aludimos al final del apartado anterior.

En efecto, una vez que el asegurador haya atendido el requerimiento de pago hecho por el asegurado, repetirá éste frente al tomador. Este no podrá, ni siquiera en los supuestos de reclamación abusiva de éste, oponer excepción alguna a dicha acción de regreso, de modo que, si quiere hacer valer la falta de procedencia de la reclamación del asegurado, no le quedará otro remedio que acudir a la vía procesal y ejercitar contra éste una acción de enriquecimiento injusto. Precisamente a este problema se refiere la Sentencia de 16 de febrero de 1983. En ella, referida nuevamente a un seguro de caución en ejecución de un contrato de obra con suministro, el Tribunal Supremo condenó al tomador a abonar —por vía de regreso— al asegurador el importe de la garantía, importe que, a su vez, había satisfecho el asegurador al ser requerido por el asegurado. Tal condena se fundó en que el asegurador estaba facultado —en virtud de las cláusulas de la póliza— «a verificar el pago de la indemnización (...) sin previo examen del requerimiento de pago hecho por el asegurado».

Ello ha llevado a FONT RIBAS⁸⁴ a cuestionarse hasta qué punto una cláusula —como es la cláusula «a primer requerimiento»— que permite tales consecuencias, ha de

⁸² FONT RIBAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983», *op. cit.*, p. 242.

⁸³ *Vide*, al respecto, el capítulo anterior y, en particular, al apartado referido al siniestro.

⁸⁴ «Comentario...», *op. cit.*, pp. 243 y ss.

considerarse como justa. A partir de ahí, afirma que la interpretación dada a dichas cláusulas –interpretación que, en su opinión, es extremadamente favorable a las empresas aseguradoras– las convierte en abusivas, «no tanto por exigir la obligatoriedad de un pacto contractual como por lesionar los intereses del tomador (...) en la medida en que al impedirle oponer excepciones (...) se invierte el supuesto probatorio, obligándosele a probar el cumplimiento y a situar su protección en el terreno de la responsabilidad extracontractual o al de la repetición contra el acreedor asegurado por cobro de lo indebido, única vía que la sentencia reconoce».

En cuanto a la opinión de que son los aseguradores los primeros interesados en las garantías autónomas, no podemos por menos que mostrarnos cautelosos ante tal afirmación. En efecto, no dudamos de que, en determinados casos⁸⁵, pueda serle ventajoso al asegurador el evitar hacer cualquier objeción al requerimiento de pago; sin embargo, en nuestra opinión (y creemos que si se consultase a las compañías la respuesta sería idéntica), no cabe duda de que **siempre es preferible no pagar**, por mucho que después pueda repetirse el pago frente a un tercero. De hecho, plumas tan autorizadas como la de MUNGARI⁸⁶, al referirse a los riesgos que para los aseguradores conlleva la práctica de las pólizas de caución, señala –como uno de los elementos de mayor peligrosidad– la incautación de la caución al simple requerimiento del asegurado.

Distinta es, sin embargo, la afirmación del carácter abusivo de estas cláusulas, a la que nos adherimos plenamente. En efecto, y retomando las palabras de FONT RIBAS⁸⁷, «la exoneración unilateral del deber de comprobación supone una violación a las exigencias de la buena fe, que, en este supuesto, y siendo el seguro un contrato de adhesión, se erige en límite inmanente a la libertad contractual». No obstante, en nuestra opinión, y con independencia de que se acuda al principio de la cláusula más favorable para el asegurado⁸⁸, la correcta calificación e interpretación de las cláusulas «a primer requerimiento» ha de hacerse sin olvidar que en el seguro de caución, como seguro por cuenta ajena, tomador y asegurado no son la misma persona. Es decir, en el caso que nos ocupa, los intereses en contradicción no son tanto los de asegurador y asegurado como los de tomador y asegurado⁸⁹. Habrá, pues, que ponderar y valorar el beneficio que obtiene el asegurado y el perjuicio que, con ello, se irroga al tomador.

⁸⁵ Por ejemplo, cuando las contragarantías sean fácilmente ejecutables; en este caso, preferirá hacerlas efectivas, con lo que, además, no se ve afectado su prestigio o credibilidad frente a su clientela.

⁸⁶ MUNGARI, «Sulle garanzie cauzionali...», *op. cit.*, p. 52; en la misma línea: HOYOS ELIZALDE, «Seguros de caución y garantías financieras», conferencia pronunciada en el VII Seminario de Fianzas, Bariloche, noviembre 1989; GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, «El seguro de garantía de obligaciones contractuales», en *Gerencia de Riesgo*, núm. 3, 1986, p. 40.

⁸⁷ «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*, p. 246.

⁸⁸ Vide al respecto, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *En torno a la interpretación de las condiciones generales en el contrato de seguro*, Granada, 1993.

⁸⁹ El asegurador, en cierto modo, y al actuar según el mecanismo *solve et repete*, se mantiene «neutral».

b) *El seguro de caución como posible vía para la constitución de una garantía independiente*

En nuestra opinión, y a pesar de las graves consecuencias que ello lleva aparejadas, no puede, hoy por hoy, negarse la posibilidad de constitución de una garantía independiente a través de un seguro de caución. Y no puede negarse, entre otras razones, primero, porque así lo ha reconocido el Tribunal Supremo (en las ya mencionadas Sentencias de 14 de noviembre de 1989 y de 7 de abril de 1992), y, segundo, porque no admitir tal posibilidad supondría colocar a las compañías de seguros en una posición desventajosa en un ámbito, como es el de las garantías personales, en el que se encuentran en concurrencia con los bancos⁹⁰. De hecho, las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías Contractuales de la Cámara de Comercio Internacional, mencionan –en su articulado– a las compañías de seguros como entidades susceptibles de prestar dichas garantías.

La póliza de seguro de caución puede ser, pues, la vía para la constitución de una garantía independiente. Así lo entiende también EMBID IRUJO⁹¹, 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 asegurado (...) 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».

Ahora bien, dadas las graves consecuencias que las garantías independientes conllevan, consideramos que dicha posibilidad ha de entenderse con carácter restrictivo⁹², es decir, admitir únicamente la existencia de una garantía independiente cuando ésa sea la indudable voluntad de los contratantes; cuando tal voluntad no esté clara, habrá de optarse siempre por considerar que tales cláusulas dan lugar, únicamente, a una inversión de la carga probatoria⁹³.

Idéntico criterio parece sostener EMBID IRUJO⁹⁴ al señalar que, si bien es cierto que de la redacción de estas pólizas no puede deducirse, en la generalidad de los ca-

⁹⁰ De hecho, señala MUNGARI («Sulle garanzie...», *op. cit.*, p. 52) que, hoy por hoy, son las compañías de seguros –en la mayoría de los casos– los concedentes de estas garantías. Los operadores comerciales prefieren con creces solicitar de aquéllas la prestación de este servicio, dado que los costes son más bajos y, además, operando con un asegurador, el particular no ve afectada su línea de crédito con el banco.

⁹¹ EMBID IRUJO, «Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución», *La Ley*, año XI, núm. 2.459, p. 3.

⁹² Nos suscribimos a la opinión de CERDÁ OLMEDO («El aval...», *op. cit.*, p. 11), a la que ya hicimos referencia en el apartado anterior.

⁹³ En cualquier caso, es indudable que cuando el seguro de caución da lugar a una garantía independiente, aunque no pueda el asegurador oponer la falta de incumplimiento frente a la reclamación del asegurado, podrá siempre oponer la *exceptio doli* y demás medios de defensa a los que hicimos referencia con ocasión del estudio de las garantías independientes en general (*vide*, apartado A de este mismo capítulo).

⁹⁴ «El seguro de caución como garantía» en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, p. 710.

sos, que la obligación de la entidad aseguradora se identifique con la que la regulación contenida en el Código Civil asigna al fiador –en la medida en que la inclusión de cláusulas «a primer requerimiento» parece manifestar la intención de configurar una obligación no accesoria–, en la práctica internacional (prestadas normalmente por bancos) se comprueba que tales cláusulas son, no una presunción *iuris et de iure*, sino una presunción *iuris tantum*, no pudiéndose afirmar sin más el carácter no accesorio de la obligación del garante. Ello habrá de hacerse después del examen del texto íntegro de la garantía.

En nuestra opinión, tal solución está justificada por:

- Las garantías independientes son, en su origen, garantías otorgadas por bancos y destinadas a cubrir los riesgos de determinadas operaciones (fundamentalmente internacionales). Es decir, la inclusión de tales cláusulas en pólizas de seguros es, en cierto modo, la trasposición de una práctica que, en su origen, no es propia de las compañías de seguros, por lo que habrá de tenerse especial cuidado a la hora de determinar las consecuencias que su inserción pueda llevar aparejadas.
- La confusión terminológica con que están redactadas las pólizas, en las que, junto a las cláusulas a primer requerimiento, se insertan términos que son, en apariencia, incompatibles. Prueba de tal confusión son, en definitiva, las propias cláusulas comentadas más arriba.
- El carácter causal del contrato de seguro frente al carácter abstracto de la garantía. A ello ha de añadirse el carácter esencialmente subsidiario de la obligación de fianza⁹⁵, lo que implica que el fiador sólo está obligado a cumplir si ha habido incumplimiento del deudor principal. Es evidente que las cláusulas «a primer requerimiento», interpretadas como meras inversiones de la carga probatoria, no contradicen tal carácter subsidiario, en la medida en que se limitan a alterar la obligación o carga de demostrar dicho incumplimiento.

Las razones fundamentales de la legislación en materia de cláusulas a primer requerimiento

Así, aun cuando ya se ha visto que el carácter de la obligación de fianza en seguros no puede determinarse únicamente en función de la inclusión de tales cláusulas que si es determinante de la naturaleza de la obligación, es en la medida en que la intervención del fiador implica la realización de la ejecución de una técnica aseguradora. Pues, es precisamente en la ejecución en la que el asegurador se obliga a cumplir las obligaciones que se derivan del riesgo singular en una más amplia serie de hipótesis de cumplimiento de la obligación, que tiene como condición una ejecución de la técnica.

⁹⁵ Víde., al respecto, el capítulo quinto.

Conclusiones finales

I) En nuestra opinión, *el seguro de caución genera una verdadera obligación de fianza*, en la medida en que el asegurador se obliga a garantizar al asegurado el pago de una cantidad en caso de incumplimiento de un derecho de crédito del que éste es titular. En definitiva, está garantizando el cumplimiento de una obligación, situándose –frente al acreedor– en el mismo plano de responsabilidad que el tomador –fianza solidaria–. Además, la obligación del asegurador reúne los caracteres de accesoriedad y subsidiariedad que definen la obligación de fianza. Dicha obligación de naturaleza fideiusoria tiene su plasmación material en el aval o documento que acompaña a la redacción de la póliza y que es entregado al asegurado. Estos avales, cuya finalidad no es otra que la de facilitar al asegurado el ejercicio de sus eventuales reclamaciones frente al asegurador, son instrumentos de asunción del riesgo que se integran en los respectivos contratos de seguro de caución, de los que son lógica consecuencia.

II) Ahora bien, de ello no ha de concluirse, sin más, que el seguro de caución sea un contrato de fianza. Una cosa es la obligación de fianza y otra bien distinta el contrato del mismo nombre. *El seguro de caución –como contrato– es un contrato de seguro*, que genera diversas obligaciones, siendo la más importante de ellas la de fianza (obligación que surge a cargo del asegurador y en beneficio del asegurado).

Las razones fundamentales por las que llegamos a tal conclusión son las siguientes:

a) Aun cuando se admita que el carácter profesional del fiador –compañía de seguros– no puede desvirtuar la naturaleza de la obligación que a su cargo surge, entendemos que sí es determinante de la naturaleza del contrato por él celebrado, en la medida en que la intervención de una compañía de seguros va a suponer la utilización de una técnica asegurativa. En este sentido, contrato de seguro será todo aquel en el que el asegurador se obliga –según las reglas de técnica asegurativa– a insertar un riesgo singular en una masa homogénea de riesgos, de modo que la cobertura de dicho riesgo, que tiene como contraprestación el pago de una prima, tenga una efectiva realización a través de los principios de la técnica asegurativa.

b) Porque, como señala OLIVENCIA¹, el hecho de que la regulación legal del contrato de seguro se recoja en el Título II de la LCS significa que tiene, *legalmente*, naturaleza asegurativa, es decir, se encuadra dentro del concepto de contrato de seguro. En nuestra opinión, tal criterio legal de calificación puede ser susceptible de crítica, en tanto en cuanto puede pensarse que, para determinar la naturaleza jurídica del negocio que nos ocupa, acudimos a un criterio «externo» a la estructura de dicho negocio. Sin embargo, y aun admitiendo tal crítica, lo que para nosotros está claro es que, mientras se mantenga el encuadramiento del seguro de caución en el marco legal de la LCS, podrá y deberá ser utilizado dicho encuadramiento como argumento favorable en cuanto a su naturaleza asegurativa.

c) El seguro de caución tiene unas peculiaridades y de él surgen una serie de obligaciones que sólo pueden explicarse desde la óptica asegurativa (recuérdense, por ejemplo, la obligación de pagar la prima y el hecho de que el Tribunal Supremo, en algunos casos, haya permitido la aplicación del artículo 15 de la LCS –*vide supra*–, en la obligación de declarar el riesgo, configuración del siniestro, criterios de interpretación de las cláusulas contenidas en la póliza, etc...).

d) Por último, y lo más importante, porque habiendo analizado los diversos criterios que se han utilizado para determinar la naturaleza jurídica del seguro de caución, llegamos a la conclusión de que la cuestión verdaderamente determinante, la única cuestión en torno a la cual puede centrarse el debate de su naturaleza, es la de si el seguro de caución indemniza o no un daño y, en caso negativo, si ello es motivo para excluir su naturaleza asegurativa. Ante ello, hoy por hoy, no cabe sino rechazar la estricta contraposición entre actividad fideiusoria-actividad indemnizatoria por dos razones:

1) En primer lugar, no parece tan claro que la fianza siempre garantice el cumplimiento de una obligación y el seguro siempre indemnice unos daños. En efecto, para excluir la naturaleza asegurativa del seguro de caución no basta con afirmar que el riesgo de incumplimiento es típico de otra especie negocial –la fianza–. Y ello porque la fianza, en cierto modo, cubre un riesgo: el daño derivado del incumplimiento. Por otro lado, también puede afirmarse que el aseguramiento del crédito ofrece al acreedor la garantía de satisfacción del mismo. Así, el fiador, en general, al obligarse a cumplir en lugar del deudor, está previniendo el daño derivado del incumplimiento; por su parte, el asegurador, al obligarse a resarcir los daños causados al acreedor por el incumplimiento del tomador, está, en cierta manera, garantizando, si no el cumplimiento de la obligación principal, sí al menos *el interés económico que pudiera tener el acreedor en dicho cumplimiento*.

Además, y en nuestra opinión, el hecho de que en el seguro de caución el resarcimiento del daño se realice mediante el pago de una cantidad previamente fijada²,

¹ OLIVENCIA, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 868.

² Como es obvio, dentro del límite de la suma asegurada. No obstante, recordemos que también en la fianza puede el fiador limitar cuantitativamente su responsabilidad (*vide*, artículo 1.826 del Código Civil).

que suele ser proporcionada al importe dinerario de la obligación asumida por el deudor principal, hace aún más imperceptible la distinción entre resarcimiento del daño derivado del incumplimiento del deudor y cumplimiento en lugar del deudor.

2) En segundo lugar, porque aun cuando se admite que el riesgo cubierto por el seguro de caución es el mero incumplimiento, esto es, no se indemnizan unos daños, ello no choca con el principio indemnizatorio o, al menos, no supone una exclusión de la naturaleza asegurativa. No chocará con el principio indemnizatorio si interpretamos que éste supone únicamente, por lo que al seguro de caución se refiere, la exigencia de que el seguro no sea objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado.

III) Cuestión distinta es la de si pueden las compañías aseguradoras, a través de una forma asegurativa, desarrollar una actividad, como es la constitución de una garantía –fianza–, que, al menos desde la óptica tradicional, es ajena a los principios asegurativos y, en particular, al principio indemnizatorio. En nuestra opinión, la respuesta ha de ser afirmativa; en definitiva, es hora de ir superando la rigidez del principio indemnizatorio y admitir que el establecimiento de garantías personales pueda constituir una actividad típicamente asegurativa.

Por otra parte, y volviendo aquí a traer a colación la función caucional del seguro que nos ocupa, hemos de pensar que precisamente el que la posición de fiador sea ocupada por un profesional refuerza la seguridad del acreedor, constituyendo a la garantía por él prestada en *fianza suficiente*, apta para ser utilizada como instrumento de sustitución de una caución cuando ésta sea legal o convencionalmente debida.

IV) Por último, y por lo que se refiere a la importantísima cuestión relativa a la interpretación de las llamadas cláusulas «a primera demanda» o «primer requerimiento», en nuestra opinión, y dado el principio eminentemente causalista de nuestro ordenamiento jurídico, así como los problemas que generan las garantías independientes (especialmente, los posibles abusos cometidos por los asegurados), la inclusión de cláusulas «a primer requerimiento» –salvo que la voluntad de las partes fuese claramente distinta– ha de interpretarse, en el ámbito asegurativo, como una mera inversión de la carga probatoria, es decir, como una renuncia del asegurador a subordinar el pago a la prueba del incumplimiento. Una interpretación en este sentido estaría claramente justificada, ya que, mientras que el asegurador tiene la posibilidad de pedir al tomador la información o documentos necesarios para comprobar la pretensión del asegurado, puede que para éste sea difícil probar un hecho negativo como es el incumplimiento.

ANEXO I

ANEXOS
Documentos que componen la
declaración jurada

Datos del proponente

1. Número y apellido.

2. Dirección.

3. Teléfono, teléfono.

ANEXOS

4. Fecha de constitución.

5. Nombre de la persona o personas para contactar en relación con esta solicitud.

6. Objeto social.

7. Capital social actualizado.

8. Actividades principales y participación correspondiente en el capital social.

9. Capital diferencial.

10. Entregas en las que participa.

11. Número de empleados.

12. Fuentes y cantidad de crédito con las que cuenta, indicando el número de cuentas.

13. Banco en el que deposita su fondo de la cotización de valores, y sus cantidades de avales.

14. Principales brescios inmuebles, suscripciones existentes como libro foto, se incluirán fotografías.

15. Se adjuntan fotocopia del saliente, constancia de pendiente y fianza, y carta de pago en la declaración de disponibilidad de los tres últimos

ANEXO 1

Solicitud de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas

Como complemento a la licencia para la actividad de seguros, se establece la solicitud de la licencia para la práctica de la actividad de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas.

I. Datos del proponente

1. Nombre y apellidos.
2. Dirección.
3. Teléfono, télex y fax.
4. Fecha de constitución.
5. Nombre de la persona o personas para contactar en relación con esta solicitud.
6. Objeto social.
7. Consejo de administración.
8. Accionistas principales y participación correspondiente en el capital social.
9. Cuadro directivo.
10. Empresas en las que participa.
11. Número de empleados.
12. Bancos y entidades de crédito con las que opera, indicando el número de agencias.
13. Banco en el que domiciliarán las facturas de la compañía de seguros, por la emisión de avales.
14. Principales bienes inmuebles. Situación, extensión, tomo, libro, folio, registro.
15. Se acompañará fotocopia del balance, cuenta de pérdidas y ganancias y carta de pago en la declaración del impuesto de sociedades de los tres últimos ejercicios.

16. Importe de las fianzas propias o ajenas que tiene actualmente constituidas la empresa, indicando el asegurador o el banco.
17. Se acompañará a esta solicitud fotocopia de la escritura de la última ampliación de capital realizada si ésta no viniera en el último balance entregado.
18. Descripción de las obras realizadas más importantes.
19. Obras actualmente en curso.

I. Datos del probonente

1. Nombre y apellidos.
2. Domicilio.
3. Teléfono, teléfono a fax.
4. Fecha de constitución.
5. Número de personas o socios para constituir la sociedad con sus socios.
6. Oficio o profesión.
7. Categoría administrativa.
8. Actividades principales y principales conclusiones que se realizan sobre todo.
9. Cantidad directa.
10. Propietario de las principales.
11. Número de empleados.
12. Buscos y estudios de crédito con los de obra, indicando el número de expedientes.
13. Busco en el año siguiente las facturas de las compras de servicios, por la comisión de ventas.
14. Prácticas piezas informáticas. Software, escritorio, laptop, tipo, tipo, etc.
15. Se comprará fotografías del pasado, cuadros de las compras y cartas de pago en la ejecución del trabajo de socios de los más diligentes y eficaces.

ANEXO 2

Condiciones especiales para pólizas de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas

Como complemento a lo dispuesto en las condiciones generales, serán de aplicación a la presente póliza las siguientes condiciones especiales.

1.^a Obligaciones aseguradas.-Dentro de los límites fijados en la presente póliza, la compañía se obliga a indemnizar a cada uno de los asegurados, como máximo de la suma asegurada, el importe de las cantidades anticipadas al tomador del seguro para la adquisición de viviendas –más sus correspondientes intereses calculados sobre la base del interés legal–, si por el tomador no les fuera devuelto dicho importe en cualquiera de los siguientes casos: *a)* que el tomador no inicie la construcción, *b)* no la termine, *c)* no obtenga la cédula de habitabilidad o la calificación definitiva, según el caso, *d)* no proceda a la entrega de la vivienda en los plazos convenidos en el contrato de cesión.

2.^a Asegurados.-Tendrán la condición de asegurado los compradores de viviendas que se adhieran al seguro mediante el oportuno boletín de adhesión, que deberá ser entregado a la compañía por el tomador, emitiéndose por ésta el oportuno certificado individual de seguro.

Para la efectividad de este seguro, será requisito indispensable que el comprador se halle en posesión del citado «certificado individual de seguro».

3.^a Riesgos excluidos.-Además de los establecidos en el artículo 3 de las condiciones generales del seguro, quedan excluidos de garantía otorgada por la póliza los casos en que, habiéndose terminado la construcción en los plazos previstos en el contrato de cesión y obtenida la «cédula de habitabilidad o la calificación definitiva» y puesta la vivienda a disposición del Comprador, éste se negará a recibirla por cualquier razón.

4.^a Obligaciones del tomador del seguro.-Además de las establecidas en las condiciones generales de aplicación al seguro, el tomador del seguro se obliga frente a la compañía a:

- 1.^º Construir y entregar las viviendas en los plazos establecidos, comunicando a la compañía cualquier incidencia que impida o dificulte el cumplimiento de esta obligación y ello dentro de los siete días siguientes a su ocurrencia.
- 2.^º Obtener las correspondientes cédulas de habitabilidad y, en su caso, calificación definitiva.
- 3.^º Ingresar en las entidades, en la forma y en la cuenta especial que exigen las disposiciones legales, las cantidades que reciba en metálico por el concepto de anticipos del precio de las viviendas y el descuento que obtenga de las letras de cambio que libre por dicho concepto.
- 4.^º Presentar ante la compañía los boletines de adhesión de los nuevos compradores de viviendas de la promoción garantizada para su incorporación al seguro, a efectos de la emisión de los pertinentes certificados individuales de seguro.
- 5.^º Cumplir con las demás disposiciones legales y contractuales aplicables a los contratos de cesión.
- 6.^º Proporcionar a la compañía los datos económicos, técnicos y de la construcción que le sean solicitados, al igual que los referentes a la cuenta en la que se ingresan las cantidades anticipadas, facilitando la inspección de las obras por el personal designado por la compañía durante la vigencia de la póliza.
- 7.^º Contratar un seguro de daños a la construcción que cubra, incluso, los riesgos extraordinarios o catastróficos.

En caso de incumplimiento por el tomador de las obligaciones citadas, la compañía podrá exigir un depósito en metálico a su favor por importe igual al de la suma asegurada por los certificados individuales de seguro ya emitidos a la fecha de la rescisión; dicho depósito no será cancelado hasta que la compañía quede legalmente exonerada de su responsabilidad frente a los asegurados. Este depósito podrá ser sustituido por otra garantía que la compañía considere suficiente.

5.^a Duración.-La presente póliza se estipula por el período señalado en las condiciones particulares, que habrá de coincidir con el pactado en el contrato de cesión para la construcción y entrega de viviendas.

Tomará efecto en la fecha en que se abra la cuenta especial para las cantidades anticipadas que ordena la legislación vigente y finalizará cuando, expedida la cédula de habitabilidad o, en su caso, la calificación definitiva se ponga la vivienda a disposición del asegurado o se le devuelvan las cantidades anticipadas entregadas a cuenta, más sus intereses legales.

En los casos de viviendas de protección oficial, se ampliará la duración del seguro en el plazo reglamentariamente prorrogado por la autoridad competente, debiendo comprender la suma asegurada las cantidades efectivamente anticipadas hasta el momento de la calificación definitiva, siempre que dichas prórrogas y entregas sean

comunicadas previamente a la compañía para el cobro de la prima correspondiente al riesgo complementario que asume.

En el caso de viviendas no acogidas a la protección oficial, si los compradores concediesen prórroga al tomador del seguro para la entrega de las viviendas, la compañía podrá aceptar la continuación del seguro mediante el pago por el tomador de la prima que se estipule.

6.^a Primas.-Al efecto inicial del seguro se establecerá una prima provisional que se determinará aplicando el tipo estipulado de primas correspondientes a una mensualidad sobre la suma máxima asegurada previsible, dicha prima provisional será hecha efectiva por el tomador del seguro con carácter previo al comienzo de efecto del seguro, salvo pacto en contrario.

De igual forma, el tomador del seguro pagará una prima por cada uno de los certificados individuales de seguro que sean emitidos, que se calculará aplicando el tipo de prima convenido en las condiciones particulares del seguro sobre el total de anticipos que se perciban por la vivienda correspondiente, más su interés legal anual por el período comprendido entre la fecha de la percepción de cada cantidad anticipada y la de entrega de la vivienda.

La prima provisional percibida al efecto inicial del seguro se reajustará al finalizar éste, extornándose al tomador del seguro la totalidad, si las primas percibidas por el conjunto de certificados individuales emitidos igualasen o superasen el importe de aquélla, y reteniendo la compañía por el concepto de gastos e indemnización de perjuicios el cincuenta por ciento de dicha prima provisional en la parte en que excediera del total de las primas percibidas correspondientes a los certificados individuales de seguros emitidos.

En caso de impago por el tomador del seguro de la prima provisional o de las correspondientes a los certificados individuales de seguro, se aplicará lo dispuesto en los artículos 11 a 13 de las condiciones generales del seguro, y si el contrato quedara extinguido por el impago, el tomador vendrá obligado a constituir el depósito al que se refiere el párrafo final del artículo 4 de estas condiciones especiales.

7.^a Siniestros.-Se entenderá ocurrido el siniestro cuando, habiendo sido ingresadas las cantidades anticipadas en la cuenta especial que ordena la vigente legislación no hayan comenzado las obras, no hayan sido terminadas o, aun terminadas, no hayan sido entregadas a los compradores asegurados o no hayan sido obtenidas las cédulas de habitabilidad o, en su caso, las calificaciones definitivas dentro de los plazos previstos en el contrato de cesión, sin que haya sido concedida prórroga para dicha entrega ni tampoco el tomador del seguro haya reintegrado las sumas anticipadas pese a haber sido requerido fehacientemente para ello.

8.^a Indemnización.-La indemnización consistirá en el pago del importe de las cantidades anticipadas, más su interés legal anual correspondiente con máximo, en cualquier caso, de la suma asegurada para cada certificado individual de seguro.

Será requisito indispensable para el percibo de la indemnización que el asegurado acredite ante la compañía haber requerido fehacientemente al tomador del seguro, aportando para ello copia del requerimiento efectuado.

En todo caso, el firmante se somete a la jurisdicción de los Tribunales de Madrid.

En Madrid,

ANEXO 3

Condiciones generales

Artículo preliminar

La presente póliza, que se rige por lo previsto en la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, ha sido concertada sobre las base de las declaraciones formuladas por el tomador del seguro, de acuerdo con el cuestionario al que el asegurador le ha sometido, que han motivado la asunción por parte de éste de las obligaciones para él derivadas del contrato y la fijación de la prima.

La solicitud y el cuestionario cumplimentados por el tomador del seguro, así como la proposición del asegurador en su caso, en unión de esta póliza, constituyen un todo unitario, fundamento del seguro, que sólo alcanza, dentro de los límites pactados, los riesgos en la misma especificados.

Si el contenido de esta póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar de la compañía, en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza, para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza.

Objeto y alcance del seguro

Artículo primero. La Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A. (en adelante compañía) garantiza al asegurado, hasta el límite del capital asegurado, que se estipulase en condición particular, el pago en efectivo que debe recibir del tomador del seguro, a título de resarcimiento o penalidad, en los supuestos de incumplimiento por el tomador de las obligaciones que le impone el contrato de obra o suministro suscrito con el asegurado y que, asimismo, se especifica en condición particular.

La compañía puede asumir el riesgo frente al asegurado por documento separado, al que el tomador del seguro reconoce la misma fuerza y validez que a la presente póliza, de la que, en todo caso, es complementaria.

Contrato garantizado

Artículo 2.^o El contrato de obra o suministro es elemento esencial de la operación de seguro y forma parte integrante de la presente póliza, a la que deberá incorporarse por medio de copia autorizada.

Toda modificación o alteración de las condiciones del contrato de obra o suministro no aprobadas expresamente por la compañía, facultará a ésta para declarar resuelto el contrato de seguro y obligará al tomador a relevársela de la garantía prestada al asegurado, sin perjuicio de las excepciones que, por tal motivo, pueda oponer frente a éste.

La compañía, no obstante, podrá aceptar expresamente cualquier modificación del contrato de obra o suministro que le sea propuesta por el tomador y/o el asegurado.

Artículo 3.^o Las garantías de la presente póliza no alcanzan a cubrir los casos en que el tomador se halle imposibilitado de cumplir sus obligaciones contractuales frente al asegurado a causa de hechos de guerra, civil o internacional, motín o tumulto popular, terrorismo, terremotos e inundaciones, o por cualquier otra circunstancia o susceso catastrófico de similar naturaleza.

Perfección y duración del contrato

Artículo 4.^o El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento manifestado por la suscripción por la compañía y el tomador de la presente póliza.

Sus garantías entran en vigor en la fecha indicada en condición particular, una vez pagado por el tomador el recibo de la prima correspondiente, salvo pacto en contrario que deberá figurar necesariamente en condición particular.

La duración del contrato de seguro se estipula por el mismo período de tiempo pactado como duración del contrato de obra o suministro garantizado. En todo caso el contrato de seguro se extinguirá cuando el asegurado releve expresamente a la compañía de la garantía prestada.

Prima

Artículo 5.^o El importe de la prima se calculará aplicando el tipo de prima establecido en condición particular, sobre el importe del capital asegurado, igualmente determinado en condición particular.

Artículo 6.º Si se ha pactado el pago fraccionado de la prima, la primera fracción será exigible una vez firmado el contrato, y las restantes a sus respectivos vencimientos.

Si en condición particular a la póliza no se determina ningún lugar para el pago de los recibos, se entenderá que éste ha de hacerse en el domicilio del tomador del seguro.

La compañía sólo queda obligada por los recibos librados por su dirección general o representación legalmente autorizada.

El impago por el tomador de la primera prima o de cualquiera de las siguientes, facultará a la compañía a exigir su pago en vía ejecutiva con base en la póliza.

Obligaciones

Artículo 7.º El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato de seguro, de declarar a la compañía, de acuerdo con el cuestionario que ésta le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.

Toda reticencia o declaración inexacta a este respecto por parte del tomador, dará derecho a la compañía para emplazar a aquél para que libere a la misma del compromiso contraído frente al asegurado, y si no lo hiciera, para exigirle el depósito inmediato y anticipado del importe garantizado a disposición de la compañía.

La compañía, de no producirse el siniestro, procederá a la liberación del depósito mencionado cuando quede a su vez liberada frente al asegurado.

Artículo 8.º Durante el curso del contrato de seguro serán obligaciones del tomador:

- a) Comunicar a la compañía, tan pronto como le sea posible, cualquier diferencia surgida con el asegurado o eventualidad que pudiera impedir o entorpecer el cumplimiento del contrato de obra o suministro garantizado.
- b) Presentar a la compañía la memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio.

La inobservancia o incumplimiento de estas obligaciones, así como la consideración fundada por parte de la compañía de que la conducta, capacidad técnica o solvencia del tomador evidencian su incapacidad para cumplimentar las obligaciones contraídas con el asegurado y, en todo caso, la disminución de su patrimonio en un 25 % o más de su cuantía, facultará a la compañía para exigir del tomador garantías suficientes para cubrir, a su juicio, el importe del capital asegurado, incluso la constitución de hipotecas. Estas garantías serán libradas –de no haber ocurrido siniestro alguno– tan pronto finalice la vigencia del seguro.

Siniestro

Artículo 9.^o Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de todo o parte del capital asegurado a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro garantizado.

Pago de la indemnización

Artículo 10.^o El pago de la indemnización correspondiente se efectuará dentro del plazo que, a tal fin, fije el asegurado.

Si a los tres meses del vencimiento de dicho plazo la compañía no hubiera indemnizado el importe del siniestro, por causa no justificada o que le fuera imputable, la indemnización se incrementará en un 20 % anual.

La compañía queda autorizada por la presente póliza para efectuar el pago de la indemnización sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad y sin detenerse a considerar si el requerimiento del pago es o no justificado, como tampoco si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción a dicho respecto.

La compañía se obliga, en todo caso, a hacer al asegurado las reservas y objeciones que el tomador estime pertinentes, tan pronto como éste se las comunique.

Artículo 11.^o Todo pago hecho por la compañía con arreglo al artículo 10^o devengará a su favor y a cargo del tomador, el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, y deberá serle reembolsado por el tomador, sus herederos o derechohabientes, en un plazo máximo de siete días desde la fecha en que hubiere sido efectivo, sin que el tomador pueda alegar, para no hacerlo, las objeciones por él formuladas. A tal efecto, esta póliza, conjuntamente con el recibo que acredite el pago de la indemnización al asegurado, es hábil para proceder en vía ejecutiva contra el tomador, a partir de la terminación del plazo señalado anteriormente.

El tomador, una vez que haya efectuado el referido reembolso a la compañía, quedará en libertad para reclamar al asegurado por su propia cuenta la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas.

Prescripción y jurisdicción

Artículo 12.^o Las acciones que se deriven del presente contrato de seguro prescribirán en el término de dos años desde que pudieron ser ejercitadas.

Será Juez competente para el conocimiento de tales acciones, el del domicilio del asegurado.

ANEXO 4

Condiciones generales

La prima integra, junto con sus recargos e impuestos, es debida **EL DIA SIGUIENTE** por todo riesgo comenzado, aun cuando éste termine antes del vencimiento previsto, **EL DIA SIGUIENTE** de la fecha en que el tomador del seguro pague la prima correspondiente y cancele la proposición de seguro o la devuelva al asegurador, dentro de los plazos establecidos a la prima, lo mismo que si se cancela la póliza, **EL DIA SIGUIENTE**, dentro de los plazos establecidos.

Artículo 6.

Artículo preliminar

La presente póliza, que se rige por lo previsto en la Ley de Contrato de Seguro n.º 50/80, de 8 de octubre, ha sido concertada sobre la base de las declaraciones formuladas por el tomador del seguro, de acuerdo con el cuestionario al que el asegurador le ha sometido, que han motivado la asunción por parte de éste de las obligaciones para él derivadas del contrato y la fijación de la prima.

La solicitud y el cuestionario cumplimentados por el tomador del seguro, así como la proposición del asegurador en su caso, en unión de esta póliza, constituyen un todo unitario, fundamento del seguro, que sólo alcanza, dentro de los límites pactados, los riesgos en la misma especificados.

Si el contenido de esta póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la compañía, en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza, para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza.

Objeto y alcance del seguro

La Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S.A. (en adelante **COMPAÑÍA**) garantiza al asegurado, hasta el límite del capital asegurado que se estipula en condición particular, el pago en efectivo que debe recibir del tomador del seguro, a título de resarcimiento o de penalidad, en caso de que a éste le sea adjudicado el contrato, especificado en condición particular y no mantenga su oferta o no constituya la garantía definitiva que le sea exigida.

La compañía puede asumir el riesgo frente al asegurado mediante documento separado, al que el tomador del seguro reconoce la misma fuerza y validez que a la presente póliza de la que, en todo caso, es complementaria.

Contrato garantizado

Artículo 2.º

Las normas que rijan para la adjudicación del contrato reseñado en condición particular y cuantas disposiciones legales se hayan dictado en relación con el mismo, quedan incorporadas a la presente póliza, formando parte integrante de la misma, con su misma fuerza y validez.

Toda modificación o alteración de las normas y disposiciones antedichas, no aprobadas expresamente por la compañía, facultará a ésta para declarar resuelto el contrato de seguro y obligará al tomador a relevársela de la garantía prestada al asegurado, sin perjuicio de las excepciones que, por tal motivo, pueda oponer frente a éste. La compañía, no obstante, podrá aceptar expresamente cualquier modificación que le sea propuesta por el tomador y/o por el asegurado.

Artículo 3.º

Las garantías de la presente póliza no alcanzan a cubrir los casos en que el Tomador se halle imposibilitado de cumplir sus obligaciones frente al asegurado a causas de hechos de guerra, civil o internacional, motín o tumulto popular, terrorismo, terremotos e inundaciones, o por cualquier otra circunstancia o suceso catastrófico de similar naturaleza.

Perfección y duración del contrato

El referido reembolso a la compañía, que es el límite para reclamar al asegurado por su propia cuenta la restitución de las sumas que considera indebidamente pagadas.

Artículo 4.º

El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento, manifestado mediante la suscripción por la compañía y el tomador de la presente póliza.

Sus garantías entran en vigor en la fecha indicada en condición particular, una vez pagado por el tomador el recibo de prima correspondiente, salvo pacto en contrario que deberá figurar necesariamente en condición particular.

La duración del contrato de seguro se estipula por el mismo período de tiempo previsto para la licitación del contrato reseñado en condición particular.

Prima o 11.^o

Artículo 5.^o La prima se calculará sobre el importe del capital asegurado, más el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España en la fecha del tomador, el interés básico o de redescuento fijo por el Banco de España en la fecha de la prima.

El importe de la prima se calculará aplicando el tipo de prima, establecido en condición particular, sobre el importe del capital asegurado, igualmente determinado en condición particular.

La prima íntegra, junto con sus recargos e impuestos, es debida a la compañía por todo riesgo comenzado, aun cuando éste termine antes del vencimiento previsto, y será satisfecha por el tomador del seguro en la forma estipulada en condición particular.

Artículo 6.^o

Si se ha pactado el pago fraccionado de la prima, la primera fracción será exigible una vez firmado el contrato y las restantes a sus respectivos vencimientos.

Si en condición particular a la póliza no se determina ningún lugar para el pago de los recibos de prima, se entenderá que éste ha de hacerse en el domicilio del tomador del seguro.

La compañía sólo queda obligada por los recibos librados por su Dirección General o representación legalmente autorizada.

El impago por el tomador de la primera prima o de cualquiera de las siguientes, facultará a la compañía a exigir su pago en vía ejecutiva con base en la póliza.

Obligaciones

Artículo 7.^o

El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato de seguro, de declarar a la compañía, de acuerdo con el cuestionario al que ésta le somete, todas las circunstancias por él conocidas que puedan incluir en la valoración del riesgo.

Toda reticencia o declaración inexacta a este respecto por parte del tomador, dará derecho a la compañía para emplazar a aquél para que libere a la misma del compromiso contraído frente al asegurado y si no lo hiciera, para exigirle el depósito inmediato y anticipado del importe garantizado a disposición de la compañía.

La compañía, de no producirse el siniestro, procederá a la liberación del depósito mencionado cuando quedase a su vez liberada frente al Asegurado.

Artículo 8.º

En caso de obtener la adjudicación a su favor del contrato, el tomador se obliga a:

- Mantener su oferta ante el asegurado, formalizando el contrato dentro del plazo que, al efecto, se halla estipulado.
- Constituir, en su caso, la garantía definitiva correspondiente, en el plazo previsto en las normas que hayan regido la licitación.

La inobservancia o incumplimiento de estas obligaciones, facultará a la compañía para exigir del tomador garantías suficientes, a su juicio, para cubrir el importe del capital asegurado, incluso la constitución de hipotecas. Estas garantías serán liberadas –de no haber ocurrido siniestro alguno– tan pronto finalice la vigencia del seguro.

Siniestro**Artículo 9.º**

Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera a la compañía el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones como adjudicatario del contrato reseñado en condición particular.

Pago de la indemnización**Artículo 10.º**

El pago de la indemnización correspondiente se efectuará dentro del plazo que, a tal fin, fije el asegurado.

Si a los tres meses del vencimiento de dicho plazo, la compañía no hubiera indemnizado el importe del siniestro, por causa no justificada o que le fuera imputable, la indemnización se incrementará en un 20 por 100 anual.

La compañía queda autorizada por la presente póliza para efectuar el pago de la indemnización, sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado, como tampoco si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción a dicho respecto.

La compañía se obliga, en todo caso, a hacer al asegurado las reservas y objeciones que el tomador estime pertinentes, tan pronto como éste se las comunique.

Artículo 11.^º

Todo pago hecho por la compañía con arreglo al artículo 10º, devengará a su favor y a cargo del tomador, el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, y deberá serle reembolsado por el tomador, sus herederos, o derechohabientes, en un plazo máximo de siete días desde la fecha en que hubiere sido hecho efectivo, sin que el tomador pueda alegar para no hacerlo, las objeciones por él formuladas. A tal efecto, esta póliza, conjuntamente con el recibo que acredite el pago de la indemnización al asegurado, es título hábil para proceder en vía ejecutiva contra el tomador, a partir de la terminación del plazo señalado anteriormente.

El tomador, una vez que haya efectuado el referido reembolso a la compañía, quedará en libertad para reclamar al asegurado por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas.

Compendio de Derecho Civil

Artículo 12.^º

Las acciones que se deriven del presente contrato de seguro prescribirán en el término de dos años desde que pudieron ser ejercitadas.

Será Juez competente para el conocimiento de tales acciones, el del domicilio del asegurado.

EL TOMADOR DEL SEGURO, LA COMPAÑÍA DE SEGUROS

ANEXO 5

Aval «a primer requerimiento»

Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., y en su nombre y representación, con poderes suficientes para obligarle en este acto, , según resulta de poder notarial otorgado ante, con fecha 16 de diciembre de 1982, con el N° 4.083 de su protocolo; por la presente garantizamos a esa RED NACIONAL DE LOS FERROCARRILES ESPAÑOLES, la cantidad de 50.000.000,, PTAS (CINCUENTA MILLONES DE PESETAS), por cuenta de, cuya cantidad es representativa de la fianza que se le exige por esa RED a la citada sociedad, para responder de las obligaciones asumidas frente a esa RED NACIONAL, en virtud de los distintos contratos que con Vds. tiene en período de garantía, respondiendo asimismo, no sólo de los futuros contratos que puedan formalizar con Vds. sino también de la validez de las ofertas que puedan presentar a los concursos a que les invite RENFE. La vigencia del presente aval lo será por un plazo de (3) tres años contados desde su fecha, es decir hasta el día 23-02-85, pudiendo ser renovado tres meses antes de su vencimiento, por otro plazo de tres años para responder de las obligaciones a que se refiere el presente aval.

Declaro....., que renuncia a toda discusión y se obliga, en el caso de que las cantidades debidas por, no fueran satisfechas a su vencimiento, a pagar dichas sumas en su lugar y derecho hasta la concurrencia de 50.000.000.- PTAS (CINCUENTA MILLONES DE PESETAS), al primer requerimiento de la RED NACIONAL DE LOS FERROCARRILES ESPAÑOLES, y sin que ésta deba justificar la insolvencia del garantizado o su negativa al pago de la suma o sumas debidas, puesto que la RED NACIONAL puede recurrir, para cubrirse de las sumas de que se trata, bien contra el deudor principal, bien contra la entidad que garantiza, ya que uno y otra quedan solidariamente obligados.

ción haya llegado a su conocimiento en tiempo y forma todas las personas que le asistan, y la COMPAÑIA, cuando lo juzgue conveniente, efectuará la ejecución de los contratos suscritos por el CONTRATANTE.

ANEXO 6

Póliza de seguro en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro

Condiciones generales

Artículo 1.º

Objeto y alcance del seguro

Artículo 2.º

A base de las condiciones generales y particulares de la presente póliza, que se emite de conformidad con la propuesta de seguro formulada por el CONTRATANTE, la Compañía Mercantil de Seguros, S. A. (que en lo sucesivo se denominará COMPAÑIA) garantiza al ASEGURADO, hasta la suma máxima que se estipula en las condiciones particulares el pago en efectivo que debe recibir del CONTRATANTE, por darse las circunstancias a que está afecta la presente póliza como garantía para el cumplimiento del contrato de obra o suministro suscrito por el ASEGURADO, que forma parte de ella. Se establece especialmente que la responsabilidad de la COMPAÑIA por falta de ejecución de la obra o suministro contratados queda limitada al pago de la cantidad asegurada, conforme se expresa en el aval extendido como complemento de esta póliza, quedando liberada de cualquier otra responsabilidad contraída por el CONTRATANTE.

Fecha de efecto y duración

Artículo 2.º

El presente seguro dará comienzo en la fecha fijada en la póliza y terminará el día que el ASEGURADO reciba de conformidad la obra o suministro realizados y devuelto el aval emitido.

Obligaciones

ANEXO 9

Artículo 3.^o

Toda reticencia o declaración inexacta en que incurra el CONTRATANTE dará derecho a la COMPAÑÍA para emplazar a aquél por quince días para que libere a la misma del compromiso contraído frente al ASEGURADO, y si no lo hiciere, para exigirle el depósito inmediato y anticipado a disposición de la COMPAÑÍA del importe garantizado, siempre que la reticencia o declaración inexacta hayan tenido transcendencia en la apreciación del riesgo.

Constituido el depósito del importe de la cantidad asegurada, la COMPAÑÍA, de no producirse el siniestro, procederá a su liberación cuando quede a su vez librada frente al ASEGURADO, con devolución del aval prestado, sin que haya lugar al extorno de prima al CONTRATANTE.

Artículo 4.^o

Serán obligaciones del CONTRATANTE ante la COMPAÑÍA:

- a) Dar cumplimiento a las obligaciones contraídas con el ASEGURADO en la forma estipulada en el contrato de obra o suministro.
- b) Dar aviso a la COMPAÑÍA, dentro de los diez días hábiles siguientes, de cualquier diferencia con el ASEGURADO o eventualidad que pudiera impedir el cumplimiento del contrato de obra o suministro.
- c) Presentar a la COMPAÑÍA la memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio.

La inobservancia o incumplimiento de estas obligaciones, así como cuando la COMPAÑÍA considere fundamentalmente que la conducta, capacidad técnica o solvencia del CONTRATANTE evidencian su incapacidad para cumplimentar las obligaciones contraídas con el ASEGURADO y, en todo caso, la disminución de su patrimonio en un 25 por 100 o más de su cuantía, dará lugar a que la COMPAÑÍA pueda exigir garantías suficientes para cubrir, a su juicio, el importe de la cantidad asegurada, incluso la constitución de hipotecas. Estas garantías serán levantadas –de no haber ocurrido siniestro alguno– tan pronto finalice la vigencia del seguro.

Artículo 5.^o

Cuando el CONTRATANTE sea requerido por el ASEGURADO para que efectúe algún pago por alguno de los conceptos garantizados por esta póliza, deberá dar aviso a la COMPAÑÍA mediante carta certificada, a la mayor brevedad y, en todo caso, dentro de los tres días (excluidos los festivos) de la fecha en que la comunica-

ción haya llegado a su conocimiento, oponiendo en tiempo y forma todas las excepciones y derechos que le asistan, y la COMPAÑÍA, cuando lo juzgue conveniente, podrá asumir, por sí o por medio de tercera persona la representación del CONTRATANTE en este procedimiento, a cuyo efecto éste otorgará los poderes y cuantos documentos sean necesarios y prestará la colaboración debida.

Nombre: _____ Domicilio: _____ T.R. número: _____
 Fecha de constitución (sociedades): _____
 Riesgos excluidos del seguro

Artículo 6.^º

Se considerarán excluidos expresamente de las garantías del seguro los casos de fuerza mayor.

Se acompaña relación del personal de la empresa constante en el libro de Primas titulados, técnicos, administrativos, profesionales y demás trabajadores.

Artículo 7.^º

La prima se devengará sobre el importe total de la suma asegurada y por toda la duración del riesgo, de acuerdo con los tipos señalados en la póliza para los períodos de ejecución y de conservación o garantía, y será abonada por el CONTRATANTE, por anualidades anticipadas, juntamente con los impuestos, en el domicilio de la COMPAÑÍA o en el de su representación autorizada.

Artículo 8.^º

La correspondiente al primer vencimiento debe ser pagada al tiempo de suscribir la póliza, salvo que no debiera entrar inmediatamente en vigor, en cuyo caso el CONTRATANTE podrá demorar el pago de la prima hasta el momento en que haya de prestarse efectivamente la correspondiente garantía.

Las relativas a los vencimientos sucesivos deben satisfacerse en la fecha de los mismos o, lo más tarde, dentro de los treinta días naturales siguientes, fijados como plazo de gracia en la Orden Ministerial de 13 de enero de 1955. La COMPAÑÍA sólo queda obligada por los recibos librados por la dirección o por su representación legalmente autorizada.

La cobranza de las primas, hecha voluntariamente por la COMPAÑÍA en el domicilio del CONTRATANTE, no puede ser interpretada como renuncia de las disposiciones que anteceden, ni el CONTRATANTE puede sustraerse a los efectos de las mismas, pretextando que la COMPAÑÍA no le ha reclamado el pago de la prima vencida. En el caso de que la COMPAÑÍA acuerde suspender el cobro del recibo de prima vencida, o de las que venzan en lo sucesivo, en el domicilio del CONTRA-

TANTE, dando cumplimiento a la Orden Ministerial de 3 de diciembre de 1934, prevendrá a aquél de la necesidad en que se halla de satisfacerla en el domicilio de la COMPAÑÍA o en el de su representación autorizada.

Artículo 9.^º

Si el CONTRATANTE demorase el pago de la prima, la COMPAÑÍA tendrá acción ejecutiva para exigir el pago de la misma, sin otro requisito que el reconocimiento de la firma de la póliza.

Póliza de seguro en garantía de ejecución de contratos de obra o suministros

Condiciones particulares

N.º de Póliza	Ramo y Clase	Zona
Nombre:	Domicilio:	Localidad:
Nombre:	Duración:	
Localidad:	Pago de primas:	
Ag. Cobrador, Ag. Gestora		
Efecto del Seguro:		
Capital Asegurado:		
Tipo de ejecución de prima. Conservación:		
Prima de ejecución neta anual. Conservación:		
Recargo adicional (I.O. M. 13 junio 1977):		

Estas condiciones particulares no tienen validez si no van acompañadas de las condiciones generales de la póliza de seguro en garantía de ejecución de contratos de obra o suministros, debidamente firmadas.

Hecho por , en Madrid, a de
EL CONTRATANTE, **LA COMPAÑÍA,**

Propuesta de seguro en garantía de ejecución de contratos de obra o suministros

1. DATOS DEL PROPONENTE

Nombre: Domicilio:

Fecha de constitución (sociedades): ATANTE puede declarar para la ejecución de los efectos de esta póliza que no ha tenido en el efecto esta poliza en su contra.

Consejo de administración (sociedades):

Solvencia económico-financiera. Se acompañan los siguientes documentos:

Memorias, cuentas de pérdidas y ganancias y balances de los dos últimos años (sociedades); declaración jurada de bienes (personas individuales; certificaciones del registro de la propiedad sobre inmuebles propiedad del proponente; relación valorada del parque de maquinaria.

Se acompaña relación del personal de la empresa distinguiéndose directivos, técnicos titulados, técnicos no titulados, administrativos y obreros: experiencia:

1. Volumen de obra terminada en los últimos cuatro años valorada en pesetas.
2. Obras no terminadas que han dado lugar a incautación de la fianza total o parcial, número y valoración en pesetas; importe de las fianzas propias o ajena que tiene actualmente constituidas la empresa; nombre de los subcontratistas que intervendrán en la obra.

DATOS DEL CONTRATO

- a) Persona o entidad adjudicadora.
- b) Naturaleza del contrato, resumen del mismo.
Se acompañan fotocopias de las pliegos de condiciones o cláusulas administrativas generales y particulares y proyecto de la obra.
- c) Duración de las obras, suministro o gestión.
- d) Penalidades previstas en el contrato.
- e) Período de garantía.
- f) Situación de las obras y lugar de entrega de los suministros o ámbito de la gestión.
- g) Cláusula de revisión de precios.
- h) Importe del contrato.
- i) Importe de la fianza.
- j) Fecha en que debe estar emitida la fianza. Se indican con una a los documentos que se acompañan.

El proponente declara que los datos reflejados en esta propuesta de seguro son veraces y en base a ellos solicita la emisión de la póliza correspondiente.

EL PROPOONENTE,

Tanto el retraso en el pago de la prima, como el reembolso de los pagos que hubiere efectuado la COMPAÑÍA al ASEGURADO en virtud de la garantía concedida, de conformidad con lo establecido en el artículo 12. de las condiciones generales de la póliza, devengarán el interés anual del 6 por 100; la prima desde su vencimiento, y los pagos a partir de la fecha en que hubiesen sido SATISFECHOS por la COMPAÑÍA al ASEGURADO.

Artículo 10.^º

En el caso de que la cancelación del seguro se produzca con anterioridad a la fecha de vencimiento de la prima satisfecha, relativa a la anualidad del Seguro en curso, y consecuentemente se devuelva el aval emitido, la COMPAÑÍA extornará al CONTRATANTE la fracción de prima correspondiente al tiempo de riesgo no corrido.

Siniestros

Artículo 11.^º

Se entenderá producido el siniestro cuando el ASEGURADO requiera a la COMPAÑÍA el pago de la totalidad o parte de las sumas garantizadas, a causa del incumplimiento por el CONTRATANTE de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro.

PAGO DE INDEMNIZACIONES

Artículo 12.^º

El pago de la indemnización correspondiente se efectuará dentro del plazo que, a tal fin, fije el ASEGURADO.

La COMPAÑÍA queda autorizada por la presente póliza para efectuar dicho pago, sin necesidad de que el CONTRATANTE muestre o no su conformidad y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado, como tampoco si el CONTRATANTE habrá de hacer ulteriormente alguna objeción a dicho respecto o interponer las acciones o recursos a que alude el art. 5.

La COMPAÑÍA se obliga, en todo caso, a hacer al ASEGURADO las reservas y objeciones que el CONTRATANTE estime pertinentes, tan pronto como éste se las comunique.

Artículo 13.^o

Todo pago hecho por la COMPAÑÍA con arreglo al artículo 12., deberá serle reembolsado por el CONTRATANTE, sus herederos o derechohabientes, incrementado con los intereses correspondientes, de conformidad con lo estipulado en la presente póliza, en un plazo máximo de quince días desde la fecha en que hubiere sido hecho efectivo, sin que el CONTRATANTE pueda alegar, para no hacerlo, las objeciones por él formuladas en su caso. A tal efecto esta póliza, conjuntamente con los recibos que acreditan el pago de la indemnización al ASEGURADO, es título hábil para proceder de forma ejecutiva contra el CONTRATANTE a partir de la terminación del plazo señalado anteriormente.

El CONTRATANTE, una vez que haya efectuado el referido reembolso a la COMPAÑÍA, quedará en libertad para reclamar al ASEGURADO, por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1968

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo (corte de 1975)

Modificaciones del riesgo (S. Sentencia de 21 de diciembre de 1975)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1980

Artículo 14.^o

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1980

Toda modificación o alteración de las condiciones del contrato de obra o suministro, posteriores a la fecha de formalización del seguro, dará lugar a la resolución de esta póliza y obligará al CONTRATANTE a liberar a la COMPAÑÍA del aval prestado, sin perjuicio de las excepciones que ésta pueda oponer frente al ASEGURADO.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1975

La COMPAÑÍA, no obstante, podrá aceptar expresamente cualquier modificación del contrato, previo reajuste de la prima y ejercicio, en su caso, del derecho que le concede el último párrafo del artículo 4.^o

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1975

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1975

Jurisdicción

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1975

Artículo 15.^o

La jurisdicción de los Tribunales de Madrid es la única competente para conocer las cuestiones que puedan surgir como consecuencia de la aplicación, cumplimiento e interpretación del presente contrato, con renuncia expresa al fuero propio.

EL CONTRATANTE

LA COMPAÑÍA

Sentencias reseñadas

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1968
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1978
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1978
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1980
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1980
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983
Sentencia de 26 de diciembre de 1986
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1989
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1989
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1991
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1991
Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992

Bibliografía

- BASTIN, J., *L'assurance crédit et la banque*, Bruxelles, 1980.
- BASTIN, J., *La seguro de crédito y las entidades financieras*, Madrid, 1981.
- BASTIN, J., *El seguro de crédito en el sector financiero europeo*, Madrid, 1982.
- BASTIN, J., *El asegurador en la banca*, Bruxelles, 1983.
- BASTIN, J., *Le crédit et la sécurité financière*, Paris, 1984.
- AA. VV., *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978.
- AA. VV., *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976.
- AA. VV., *Lo sviluppo del regime delle assicurazioni in Italia*, Torino, 1928.
- AA. VV., «Le assicurazioni del credito e delle cauzioni», *Quaderno 14 del CIRSA*, Roma, 1984.
- AA. VV., «Assurance crédit: sécurité financière de l'entreprise», *L'Argus Belge*, 1983, junio, núm. 3, pp. 12 y ss.
- AA. VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990.
- AA. VV., «L'évolution du Droit des suretés», *Rev. jur. comm.*, 1982, (número especial de febrero).
- AA. VV., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, edición a cargo de EVELIO VERDERA Y TUELLS, Madrid, 1982.
- AA. VV., «Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, dirigidos por MIGUEL MOTOS y MANUEL ALBADALEJO, tomos XXIII a XXV, Madrid, 1985.
- AA. VV., *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.
- AA. VV., *Elementi di tecnica assicurativa*, Centro Studi Assicurativi, Milano, 1989.
- AA. VV., *Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, (título del vol. 3 de los *Studi di Diritto e Legislazione Bancaria* del CE.DI.B.), Milano, 1985.
- AA. VV., *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni*, organizado por la AIDA, Milano, 1962.
- AA. VV., *Actes du colloque tenu à l'U.L.B., le 20 et 21 Octobre 1988*, Bruxelles, 1988.
- AA. VV., *Actes du congrès Sanguinetti*, TCIC, Bruxelles, 1990.
- AA. VV., *Derecho mercantil*, Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992.
- AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1962.

- AA. VV., *Il codice di commercio commentato*, vol. XIV, Torino, 1953.
- ACKERMAN, S. B. & NEUNER, J., *Credit insurance*, New York, 1924.
- AGOSTINI, E., «L'erreur de la caution sur la solvabilité du débiteur garanti», Notes sur Cass. Fran., *Droit des Sociétés*, 2-3-, 1982.
- ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho civil español común y foral*, (2^a ed.), Madrid, 1979.
- ALONSO SÁNCHEZ, B., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de fianza (años 1983 a 1988)», ADC, 1990, pp. 980 y ss.
- ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Madrid, 1977.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988.
- ANCEY, C., *Une politique des crédits commerciaux*, Paris, 1927.
- ANCEY, C., *Théorie des operations d'assurance*, Paris, 1904.
- ANCEY, C., *Les risques du crédit*, Paris, 1926, 2^a ed. 1938.
- ANCEY, C., *Explication de l'assurance*, Paris, 1933.
- ANDRÉE, R., *Assurance et responsabilité des tiers*, Liège, 1961.
- ÁNGEL, E., *Manuel général des assurances*, Paris, 1913.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L., *La liquidación del siniestro en el seguro contra daños en las cosas*, Barcelona, 1989.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L., «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas», RJN, núm. 7, 1993, p. 9.
- ASCARELLI, T., «Elissi di lunga vita e interesse nell'assicurazione» *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, pp. 1.146 y ss.
- BAELI, S., «Nuovi aspetti del dualismo e della crescente funzione dell'assicurazione credito», *Assicurazioni*, 1972, I, pp. 40 y ss.
- BAELI, S., *Le assicurazione del credito e delle cauzioni*, Roma, 1966.
- BAR, *Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bauschäft*, Winterthur, (tesis doctoral), 1963.
- BAREAU, P., *Credit insurance*, London, 1961, (2^a ed.).
- BARLETA CALDARERA, G., «Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazioni», *Atti del primo congresso di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1962.
- BARRAL, G., *L'assurance-crédit à l'exportation*, Paris, 1987.
- BARRES BENLOCH, M.P., *Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?*, (Colección de Jurisprudencia Práctica, núm. 52), Madrid, 1993.
- BASTIN, J., «Le rôle de l'assurance-crédit en matière de crédit à la consommation dans la perspective de l'Acte Unique de 1992», *Revue de la Banque*, 1987, num. 10, p. 39.
- BASTIN, J., «La directive CEE du 22 juin 1987 concernant l'assurance-crédit et l'assurance-caution», *Bulletin des Assurances*, 1987, num. 280, p. 392.
- BASTIN, J., «L'assurance-crédit et l'évolution du crédit à la consommation», *Bank en Financierwezen*, marzo, 1987.

- BASTIN, J., «Les assurances de l'enterprise», en *Actes du colloque tenu à l'U.L.B., 20-21 Octobre 1988*, p. 284.
- BASTIN, J., «L'assunrance-crédit dans la perspective de l'Acte Unique de 1993 ce qu'elle est aujourd'hui et ce que sera», *Les assurances des entreprises*, Bruxelles, 1988, p. 88.
- BASTIN, J., *Bonajuto Paris Sanguinetti, premier théoricien de la protection contre l'insolvabilité, sa biographie, son oeuvre*, Spy, (realizado por la Fondation Jean Bastin con ocasión del Congreso Sanguinetti).
- BASTIN, J., «L'assureur crédit et la banque», *Centre d'études financières*, Bruxelles, 1979.
- BASTIN, J., *La defaillance de paiement et sa protection: la assurance-crédit*, Paris, 1991.
- BASTIN, J., *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980.
- BASTIN, J., «L'assureur crédit et la banque», *Revue de la Banque*, mayo, 1978, pag. 743 y ss.
- BELL, *Les garanties bancaires*, Paris, 1981.
- BELLOCI, N., *La estruttura della fiducia*, Siena, 1971.
- BENATTI «Il contratto autonomo di garanzia», *BBTC*, 1982, I, pp. 171 y ss.
- BENÍTEZ DE LUGO, R. L., *Tratado de seguros*, Madrid, 1955.
- BENSA, E., *Il contratto di assicurazione nel medioevo*, Genova, 1884.
- BERGEREN y HERMANN DE BAETS, *Traité des assurances terrestres*, Gent, 1880.
- BERLINER, B., *Limits of insurability of risks*, Swiss Zurich, 1982.
- BERLINER, B., *Límites de la asegurabilidad de riesgos*, (traducción española), Madrid, 1982.
- BERR, J. y GROUTEL, H., «Assurances terrestres», *Somm. commentes Dalloz*, 1984.
- BERRI, «Assicurazioni fideiussoriae scadenza dell'obligazione principalle a norma dell'Art. 1957 Cod. civ.», *Giur. it.*, 1964, I, p. 106.
- BESSON, A., *Vers un certaine coordination des lois sur le contrat d'assurance dans les six pays du marché Commun*, Paris, 1966.
- BESSON, A., *Les assurances terrestres*, Paris, 1982.
- BLANCO CAMPAÑA, J., «Aval cambiario y aval como contrato de garantía, comentario a la STS (sala 1ª) de 21 de marzo de 1980», en *RDBB*, num. 7, 1982, pp. 677 y ss.
- BLANCO GIRALDO, F., «El seguro de lucro cesante en el Derecho español», *RDM*, 1990, Num. 198.
- BLANCO GIRALDO, F., *La Ley de Contrato de Seguro en la doctrina del Tribunal Supremo (1980-1990)*, Madrid, 1991.
- BLANCO GIRALDO, F., *Legislación de seguros*, Madrid, 1992.
- BO, *Contributo alla dottrina dell'obligazione fideiussoria*, Milano, 1934.
- BOCCIA, R., «L'assicurazione del crédito. Due secoli di storia a monito degli assicuratori di oggi», *Notiziario della Soc. ital. cauzioni*, 1973.
- BOCCIA, R., «Attorno ad alcune situazioni di favore dell'assicuratore cauzionali», *Assicurazioni*, 1974, II.

- BOCCIA, R., Preámbulo del libro de SANGUINETTI, *Essai d'une nouvelle théorie pour appliquer le système des assurances aux dommages des faillites*, facsímil a cargo del Centro Studi Rafaelle Boccia, Roma, 1985.
- BOCCIA, R., «L'assicurazioni cauzionali», *Notiziario della Soc. ital. cauzioni*, 1973.
- BOCCIA, R., «Evoluzione e trasformazioni dell'assicurazione credito e cauzioni», *Dibattini Rotariani*, 1974, pp. 9 y ss.
- BOISSONADE, D. y PALU, J., «Delais de paiement: effets d'une reduction?», *Banque*, 1991, núm. 520.
- BOLLINO, G., «Questioni in tema di assicurazione del credito», *Giur. it.*, 1983, I, 1, coll. 1318-1324.
- BONNASE, P., «L'assurance-crédit exportation en Angleterre et en France», *RGAT*, 1954, p. 34.
- BONNASSE, P., «Assurance crédit et reinsurance», *RGAT*, 1963, num. 3, p. 5.
- BONNASSE, P., «Assurance-crédit et financement», *Banque*, 1954, num. 94, p. 217.
- BONNET, R., *L'assurance-crédit et la crise économique*, Paris, 1925.
- BONVICINI, E., *La responsabilità civile*, Milano, 1973.
- BOTERO MORALES, B., «El seguro y la fianza», ponencia en el I Encuentro Mundial de Seguros, Madrid, mayo de 1992 (seminario organizado por la Asociación Panamericana de Fianzas).
- BOUCHET, J., *La garantie des crédits commerciaux et l'assurance-crédit*, Paris, 1925.
- BOUT, R., *Le Droit des assurances*, Paris, 1981.
- BREDAT, S., *Notions juridiques d'assurance*, puesta al día por ANDRÉ VAN HEUVERZWIZ, Bruselas, 1979.
- BREHM, R., *L'assurance-cautionnement*, Keller, 1960.
- BREUIEL, R., *Assurances & assureurs*, Paris, 1916.
- BRIGGS, D. y EDWARDS, B., *Credit insurance: how to reduce the risks of trade credit*, Cambridge, 1988.
- BRITTAN, L., «Il Mercato Unico dell'assicurazione in Europa», *Dir. e pra. nell'ass.*, Milano, 1990, núm. 4.
- BROQUEVILLE, M., «Risques commerciaux et assurance-crédit dans les transactions commerciales», *Revue de la Banque*, 1987, num. 2-3.
- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1991.
- BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Berlin, 1930.
- BULTE, F., «Analise des risques», *L'Entreprise et le Droit*, 1980, núm. 1.
- BUTLER, E., «Creditor insurance», *British Insurance Broker*, febrero, 1985.
- BUTTARO, L., «Moderni orientamenti sul concetto giurídico di assicurazione nella doctrina italiana», en *Atti del Congreso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni*, Milano, 1962, pp. 277 y ss.
- BUTTARO, L., *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, 1954.
- CABALLERO SÁNCHEZ, E., *Introducción al estudio del seguro privado*, 2^a ed., Madrid, 1949.

- CABANZO, A. M., *El seguro de cumplimiento*, Buenos Aires, 1989.
- CACHIN HERVE, «Le développement du rôle de l'assurance en matière de caution», *Assurance Française*, 1978, pp. 267 y ss.
- CANTARRELLA, E., *La fideiussione reciproca*, Milano, 1965.
- CAPELLE, *Du prêt à la grosse et du prêt aleatorie*, tesis doctoral, Paris, 1981.
- CAPOTOSTI, «Intema di garanzie cauzionali prestate dalle imprese di assicurazione», en *Le garanzie reali e personali*, Milano, 1976.
- CAPOTOSTI, «Assicurazioni del credito e "factoring"», *Assicurazioni*, 1972, pp. 521 y ss.
- CARDANI. MUSATI. LEGANI., «Le assicurazioni del credito e delle cauzioni», *Cirsa*, núm. 14, Roma, 1984.
- CARIOTA FERRARA, *Teoría del negocio jurídico nel Diritto privato italiano*, Milano, (sd).
- CARMONA, J., *El seguro de crédito*, Caracas, 1954.
- CARRASCO PERERA, A, «Comentario a la STS 19 de mayo de 1990», *CCJC*, núm. 23, 1990, pp. 658 y ss.
- CARRASCO PERERA, A., *Fianza, accesoriad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.
- CARSON, J.B., «Credit insurance: an appreciation», *The Chartered Insurance Institute*, London, 1978.
- CASAREGIS, *Discursos legales de comercio*, Venetiis, 1717.
- CASTELO, J., y PÉREZ ESCACHO, J.M., *Diccionario básico de seguros*, Madrid, 1972.
- CASTELLANO, «Assicurazione per conto altrui, contratto a favore di terzo e sostituzione», en *Riv. dir. civ.*, 1963, I, pp. 556 y ss.
- CASTRESANA HERRERO, A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia trajecticia romana*, Salamanca, 1982.
- CERDÁ OLMEDO, C., «El aval a primer requerimiento», *Derecho de los Negocios*, 1991, año 2, núm. 15.
- CERDÁ OLMEDO, M., *Garantía independiente*, Granada, 1991.
- CHAPUISAT, F., «La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard des exclusions de garantie», *RGAT*, 1983, núm.1.
- CHAUFION, A., *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, Paris, 1884.
- CHENEAUX, L., «L'assurance dans le monde d'aujourd'hui et de demain», *RGAT*, 1960.
- CHESSA, F., «I rischi del credito e la loro eliminazione», *Assicurazioni*, 1933, I, pp. 501 y ss.
- CLYDE WILLIAM, P., «Commercial Crédit Insurance as a Management Tool», *Studies in Commercial Financing*, núm. 3, Baltimore, 1961.
- COCITO, F., *Le assicurazioni terrestri danni e vita*, Torino, 1904.
- COLOMBO, M., «L'assicurazione commerciale», *Relazione per il IV congreso Nacionale en Milano 1924*, Genova, 1924.
- COMARRIVA, M., *Tratado de las cauciones*, Santiago de Chile, (sd).
- CONCHA MALO, R., *La fianza en México*, México, 1988.

- COOPERS & LYBRAND EUROPE, «European Insurance Law», *Financial Times Management Report Financial Times Business Information*, London, 1990.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.F.J., «Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 499 y ss.
- COSSIO, M., «La fianza por deudas futuras. Interpretación y perspectivas del art. 1825 del Código Civil», *Derecho de los Negocios*, año 4, núm. 31, abril, 1993, pp. 1 y ss.
- COWLEY, J.L., *Credit Insurance, its History and Functions*, Baltimore, 1954.
- CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982.
- DE ZULIANI, G., *Le assicurazioni del credito e delle cauzione*, Venezia, (sd).
- DE LEENER, G., «Les risches de crédit et l'assurance-crédit», *Bulletin d'information et de documentation*, Banque Nationale de Belgique, 1938, núm. 8, pp. 317 y ss.
- DE MIGUEL PERALES, C., «Financing Entities in Spain», *Revue de la Banque*, 1990, núm. 2.
- DE MIRIMONDI, «L'esperienza francese in materia di assicurazioni del credito», *Assicurazioni*, 1940, pp. 26 y ss.
- DE JUAN RODRÍGUEZ, A., *Política de seguros*, Madrid, 1950.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- DE LHONEUX, P., «L'assurance-crédit: cette inconnue», *Le monde de l'assurance*, mayo, 1983, pp. 49 y ss.
- DE ZULIANI, G., «Funzione e natura giuridica delle polizze fideiussorie», *Dir. e prat. nell'assicurazione*, 1966, pp. 177 y ss.
- DEFRANCE, G., «Assurance-crédit, les pertes et profits sous bonne garde», *L'Argus*, 1989, núm. 28.
- DEFRANCE, G., «Un marché à investir: la caution», *L'Argus*, 1992, núm. 6.257, pp. 53 y ss.
- DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros*, Madrid, 1973, (2^a ed., 1983).
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la STS de 11 de julio de 1983», *CCJC*, núm. 3, & 72.
- DENIS-LITON M., *L'assurance crédit en Droit interne*, tesis doctoral, Paris, 1978.
- DENOZZA, F., «Le garanzie fideiussorie», en *Profilo di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano, 1985, pp. 159 y ss.
- DERROPPE, D., «Cautionnement-caractère commercial-recherche et appréciation de l'intérêt personnel», *Rev. trimm. dr. comm.*, 1980, núm. 1.
- DESBROSSES, J., «L'assurance-crédit et les banques», *RGAT*, 1930, pp. 866 y ss.
- DESNEUX, C., «Bancassurance», *Banque*, 1991, núm. 512.
- DESTANNE DE BERNIS, J., *L'assurance des crédits*, Paris, 1926.
- DEVOS, D., «Garantie à premier demande», *Revue de la Banque*, 1988, núm. 2.
- DEVOTO, L., «Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazioni», en *Saggi in scienze assicurative*, tomo I, Pisa, 1935, pp. 161 y ss.
- DI SABATO, F., «Fideiussione e negozi di assunzione dei debiti altrui: criteri d'interpretazione», *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 1961, parte II.

- DI SABATO, F., «Brevi note in tema di polizze fideiussorie», *BBTC*, 1960, II.
- DICKSON, G., *Introduction to Insurance*, London, 1981.
- DÍAZ MORENO, A., «Aval o garantía a primera solicitud», notas de actualidad sobre banca en *Derecho de los Negocios*, año 4, núm. 31, abril 1993, pp. 25 y 26.
- DÍAZ MORENO, A., «Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías "a demanda"», *Derecho de los Negocios*, núm. 36, 1993, p. 1.
- DÍAZ MORENO, A., «Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», *RDM*, I, 1993, p. 1.551 y ss.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial* (1^a reimp., 2^a ed.), Madrid, 1986.
- DNOEL, N., «Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre», *Bulletin de Assurances*, núm. 294.
- DONATI, A., *Per una legge sulle assicurazioni private*, Città di Castello, 1934.
- DONATI, A., *Los seguros privados*, Barcelona, 1960.
- DONATI, A., y PUTZOLU, V., *Manuale di Diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1987.
- DONATI, A., *Trattato del diritto delle asicurazioni private*, Milano, 1956.
- DONATI, A., «Problemas y perspectivas del Derecho de seguros y actividades de la AIDA», conferencia en febrero de 1967, México.
- DONATI, A., «Assicurazioni del credito», *Nuovissimo digesto italiano II*, Torino, 1958.
- DONATI, A., «L'assicurazioni del credito», *Riv. trimm. dir. e proc. civ.*, Milano, 1955, pp. 33 y ss.
- DONATI, A., «Natura giuridica delle c.d. polizza fideiussorie», *BBTC*, 1957, I, pp. 75 y ss.
- DOS SANTOS LEOPÓLDO, L., *O seguro do credito*, São Paulo, 1961.
- DURRY, G., «Assurances», *Revue de Droit Inmobilier*, 1981, núm. 1.
- DUSI, E., e DE ZULIANI, G., *Le assicurazioni cauzionali, elementi di tecnica e di Diritto*, Venezia, 1958.
- DUTRY, G., *L'assurance-crédit immobilier*, Bruxelles, 1960.
- ECHENIQUE, «Garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones», *RDBB*, núm. 5, pp. 126 y ss.
- EISEMANN, «Arbitrage et garanties contractuelles», *Revue de l'Arbitrage*, 1972, pp. 382 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M., «Aval, fianza y seguro de caución», *La Ley*, año XIII, núm. 2954, pp. 6 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M., «El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica», *La Ley*, 1986, II, pp. 1064 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M., «Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1^a) de 21 de abril de 1989», *La Ley*, año XI, núm. 2.459, pp. 1 y ss.
- EMBID IRUJO, J.M., «El seguro de caución como garantía», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 695 y ss.
- ETLING, J.C., «Insolvencies, a fear or a favour», London, 1985.

- FANELLI, «Considerazioni sul concetto giuridico di rischio nell'assicurazioni», *Assicurazioni*, 1944, I, pp. 44 y ss.
- FARINA, J., «Seguro de caución», *Rev. Dcho. comercial de las obligaciones*, Buenos Aires, 1981, núm. 14.
- FAVARA, «Intorno alla natura giuridica dell'assicurazione per conto di chi spetta», *Giustizia Civile*, 1962, I, p. 951.
- FERRANINI S., «L'assicurazioni dell'insolvenza del conduttore», *Riv. Dir. Comm.*, Milano, núm. 36.
- FERRI, «L'impresa nella struttura del contratto di assicurazioni», *Assicurazioni*, 1962, I, pp. 455 y ss.
- FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni*, Napoli, 1949.
- FONT RIBAS, A., «Comentario a la STS de 16 de Febrero de 1983», *CCJC*, núm. 1, 1983, pp. 237 y ss.
- FONT GALÁN, I., «Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicuarazioni», *Assicurazioni*, 1976, pp. 216 y ss.
- FONTAINE, M., *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la CEE*, Louvain la Neuve, 1980.
- FONTAINE, M., *Les normes non juridiques et le secteur des assurances*, Bruxelles, 1985.
- FONTAINE, M., «Assurance-crédit, assurance-cautionnement garanties bancaires Droit et technique», *Bulletin des Assurances*, 1971, núm. 222, pp. 877 y ss.
- FONTAINE, M., *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles, 1966.
- FOSCHINI, «Assicurazione fideiussoria natura e tipo negociale», *Nuova riv. dir. comm.*, 1957, pp. 1 y ss.
- FRAGALI, «Recenti indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria», *BBTC*, 1972, I.
- FRAGALI, «Assicurazioni del credito», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, vol. III, pp. 528 y ss.
- FRAGALI, «Fideiussione e assicurazione», *BBTC*, 1955, I, pp. 135 y ss.
- FRAGALI, «Sulla natura dell'assicurazioni fideiussoria», *BBTC*, 1972, I, pp. 514 y ss.
- FRAGALI, «Il rapporto fra assicuratore-fideiussore e debitore garantito», *Assicurazioni*, I, 1976, pp. 236 y ss.
- FRAGALI, «Fideiussione» (voz), en *Commentario al codice civile*, Roma-Bologna, 1957, art. 1936, p. 117.
- FRUGIER, Y. H., «Le recours anticipe de la caution lui permet-il de percevoir du debiteur principal le montant», *Gazete du Palais*, 1971, II, núm. 602.
- GAMBINO, A., «Fideiussione, fideiutto indemnitas e polizze fideiussorie», *Riv. dir. comm.*, 1960, parte II, pp. 57 y ss.
- GAMBINO, A., «Líneas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca, y las nuevas fórmulas de seguro mixto de vida con prima única», *RES*, núm. 70, 1992, pp. 29 y ss.
- GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964.
- GARRIDO Y COMAS, *Teoría elemental de los seguros privados*, (2^a ed. corregida), Barcelona, 1959.

- GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, (2^a ed. 1983).
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 1983.
- GARRIGUES, J., «El interés en el seguro», *RES*, 1975.
- GASPERONI, N., «Garanzia dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni per la Cauzione Es-satoriale», *Riv. Dir. Comm.*, 1946, II, pp. 15 y ss.
- GASPERONI, N., *Le assicurazioni*, Milano, 1966.
- GAVALDA C. *L'assurance crédit interne, un aspect de la concurrence et/ou de la complémentarité du sec-tor des banques et des assurances*, Paris, 1974.
- GAVALDA y STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», *Rev. trimm. dr. comm.*, 1980, I, pp. 1 y ss.
- GENERINI, *Trattato delle assicurazioni e del contratto di prestito a cambio marítimo*, Venezia, 1845.
- GERI, «Ulteriori osservazioni in tema di assicurazioni cauzionali e loro natura», *Assicurazio-ni*, 1969, II, pp. 126 y ss.
- GHIDINI, G., y MARIOTTI, P., *I Diritti degli assicurati*, compendio normativo, Milano, 1990.
- GIANDOMENICO, G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987.
- GIANNINI, F., «L'assicurazioni dell'attività bancaria», en *Profili di concorrenza e di integrazio-ne fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano, 1985, pp. 55 y ss.
- GIMÉNEZ, C.M., «Seguros de caución: un mercado que cambia», *SIDEMA*, año VIII, núm. 94, p. 47.
- GOBBI, U., *Le assicurazione in generale*, Milano, 1898.
- GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des handelsrecht*, Stuttgart, 1891.
- GÓMEZ CALERO, «Los derechos de reintegro del asegurador en la LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982.
- GORQUES, J.C., «Cautionement donné par les personnes "y ayant intérêt" et cautionement indéterminé», *La Semaine Juridique*, 1990, núm. 12, pp. 196 y ss.
- GRASSETTI, C., «Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario», *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 97 y ss.
- GRAZIANI, A., *Manuale di Diritto commerciale*, 3.^a ed., Napoli, 1953.
- GRAZIANI, A., «L'assicurazioni del credito», *Assicurazioni*, 1938, I, pp. 102 y ss.
- GREULICH, H., *L'assicurazioni del credito* (traducción de la obra *Die Kreditversicherung*, a cargo de la SIC, y notas de R. BOCCIA), Milano, 1971.
- GRIPPO, G., «Garanzie atipiche e fallimento», *Contratto e Impresa*, Padova, 1986.
- GRIPPO, G., «Garanzie atipiche e fallimento», *Dialoghi con la giurisprudenza civile e commercia-le diretti da Francesco Galgano*, 1986, II, pp. 383 y ss.
- GRISI, G., «L'omessa o inesatta informazione precontrattuale nella disciplina del contrato di assicurazioni», *Riv. crit. del dir. priv.*, núm. 4.
- GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, F.J., «El seguro de garantía de obligaciones contractuales», *Gerencia de Riesgos*, 1986, núm. 3, pp. 35-42.
- GUTIÉRREZ, J.M., *Seguros de crédito y afianzamiento*, Caracas, 1954.

- HALPERIN, J., *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 1964.
- HALPERIN, J., *Los seguros en el régimen capitalista*, Madrid.
- HEMARD, J., *Theorie et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1925.
- HENRY, P., «L'assurance de la responsabilité et des risques financiers du vendeur», *La vente*, Bruxelles, 1987.
- HERVAS CUARTERO, «Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior», *RDBB*, núm. 11, 1983.
- HERRMANNSDORFER, F., *Seguros privados*, Barcelona, 1933.
- HERZFELDER, *Das problem Kreditversicherung*, Leipzig, 1904.
- HOUIN, R., «La nature du contrat d'assurance-aval et le recours de l'assureur contre le tire defaillant», *RGAT*, 1937, pp. 5 y ss.
- HOYOS ELIZALDE, C., «Seguros financieros», ponencia en el VII Seminario de Fianzas, Bariloche, noviembre de 1989.
- HOYOS ELIZALDE, C., «La suscripción de los riesgos de protección al mercado financiero», VIII Seminario de Fianzas.
- INFANTE PÉREZ, V., «La difusión del uso privado de los avales bancarios solidarios y abstractos», *Derecho de los Negocios*, núm. 7, p. 17.
- INSOLERA, «Di una assicurazione di credito», *Riforma Sociale*, Torino, 1916.
- IPPOLITO, R., «Ancora del rischio nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1988, p. 371.
- IPPOLITO, R., «L'evoluzione normativa del rischio nella teoria dell'assicurazione», *Assicurazioni*, 1981, I.
- IPPOLITO, R., «Assicurazioni di responsabilità e polizza c. d. fideiussuria», *Assicurazioni*, 1985, pp. 92 y ss.
- ISTCHENKO, WS., *L'assurance-crédit & les banques*, Bruxelles, 1933.
- JASSEN, J., «Panorama des risques financiers spécifiques aux entreprises», *Revue de la Banque*, 1991, núm. 8.
- JENNY, J., «Assurances et sécurité», *Gazete du Palais*, 1984, núm. 365-2.
- JESS, «Insurance of commercial risks», *Butterworths Bulletin*, 1986 (27-2).
- JIMÉNEZ DE PARGA, R., *El seguro de crédito a la exportación*, Madrid, 1965.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Acción de enriquecimiento y acción causal», *RDBB*, núm. 25, 1987, p. 7.
- KROENER, *Der garantievertrag und sei Abgrenzung von der Bürgschaft*, tesis doctoral, Essen, 1911.
- KULLMAN, J., «L'assurance crédit des operations de commerce interieur», *L'Argus*, 1988, (29-1).
- LA TORRE, A., *Scritti di Diritto assicurativo*, Milano, 1979.
- LA TORRE, A., «In tema di importazione temporanea e polizza fideiussoria», *Giur. civ.*, 1958, p. 1041.
- LA TORRE LLORENS, L., «El seguro, sector financiero singular», *RDFHPE*, 1986, núm. 98, vol. 3.

- MONTULL VARELA, J., «La seguridad en operaciones comerciales con el exterior», *Derecho de los Negocios*, 1991, núm. 6, pp. 24 y ss.
- MONTULL VARELA, J., «La cobertura de las operaciones de exportación y las distintas modalidades de seguro en España», *Derecho de los Negocios*, 1992, núm. 16.
- MURATTI, N., *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del seguro*, Buenos Aires, 1946.
- MOSSA, L., *Compendio del Diritto di assicurazioni*, Milano, 1933.
- MOSSA, L., «Impressa e contratto di assicurazione», *Assicurazioni*, 1953, I, pp. 149 y ss.
- MOULY, C., *Les causes d'extinction du cationnement*, Paris, 1980.
- MUNGARI, V., «Assicurazioni e crédito», *Dir. e prat nell'Ass.*, 1986, Fasc. 1, pp. 73 y ss.
- MUNGARI, V., «Sulle garanzie cauzionali (contract bonds) prestate dalle imprese di assicurazioni italiane per l'esecuzione di lavori all'estero», *Assicurazioni*, 1979, I, pp. 49 y ss.
- MUNGARI, V., «L'assicurazioni dei rischi finanziari (garanzie creditizie e fideiussorie): disciplina e prospettive di riforma», *Assicurazioni*, 1983, pp. 654 y ss.
- MUNGARI, V., «Allocuzione introduttiva alla cauzioni», en *Actas del Congreso Sanguineti*, Bruxelles, 1990.
- MURATTI, *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del seguro*, Buenos Aires, 1946.
- MURGUÍA, J., «El seguro de crédito y las garantías financieras», conferencia de la XII Asamblea General de la Asociación Panamericana de Fianzas, Barcelona, 1992.
- NEGRIER, F., «Les risques politiques en assurances terrestres.», *RGAT*, 1981, núm. 295.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «Seguros de crédito, caución, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 865 y ss.
- OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general)*, Granada, 1986.
- OVERHOLT, W., «Political Risk», *Euromoney Publications*, 1982.
- PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933.
- PADOA, F., «Industria, banca, assicurazioni: interfacce e intercacce», *Assicurazioni*, 1978, I, pp. 13 y ss.
- PADOVANI, R., *Le assicurazioni credito e cauzioni. Elementi di tecnica assicurativa*, Milano, 1989.
- PAIROUX, «Les garanties inconditionnelles dans le commerce international», *Annales de la Faculté de Droit d'Economie et des Sciences Sociales de Liège*, núm. 2, 1982, pp. 233 y ss.
- PALERMO, G., *Contratto preliminare*, Padova, 1991.
- PARTESOTTI, G., «Polizza fideiussoria e "note di credito"», *BBTC*, 1979, I, pp. 202 y ss.
- PATRICK, A.N., «Credit insurance», conferencia ante los miembros de la London & Es de la Trade Indemnity, London, 1959.
- PEISENBERGER, B., *L'aval des effets de commerce*, Paris, 1955.
- PELAGGI, A., «Per una determinazione del concetto di rischio», *Assicurazioni*, 1969, pp. 116 y ss.
- PELLINO, R., *Le assicurazione*, Milano, 1989.

- PERCEROU, R., «La nature juridique de l'assurance crédit. Contrat de assurance ou contrat de crédit?», *RGAT*, 1970, pp. 351-357 y 473-512.
- PERDIKAS PANAYOTIS «Lineamenti di una teoria sulla storia e sul concetto del contratto di assicurazioni», *Assicurazioni*, 1973, pp. 280 y ss.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J., *En torno a la interpretación de las condiciones generales en el contrato de seguro*, Granada, 1993.
- PETERSEN, L., «Credit Insurance and Financial Guarantees», conferencia en la XII, Asamblea General de la Asociación Panamericana de Fianzas celebrada en Barcelona el 16 de mayo de 1992, (sin publicar).
- PIRET, R., «L'assurance-crédit», *La Belgique Judiciaire*, 1932, núm. 15, pp. 449 y ss.
- PORTALE, C., «Fideiussione e "Garantievertrag" nella prassi bancaria», en *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, tomo II, pp. 1043 y ss.
- POUGET, *Dictionnaire des assurances*, Paris, 1885.
- POULLET, Y., «Incertitudes rédentes sur la nature juridique de l'assurance-caution», *Bulletin des Assurances*, 1975, núm. 11, pp. 5 y ss.
- POULLET, Y., «La jurisprudenza recente en matière de garantie dans le contrats internationaux», *BBTC*, 1982, I, pp. 397 y ss.
- POULLET, Y., «Droit et pratique du commerce international», *Rev. trim. dr. com.*, 1979, pp. 448 y ss.
- POWELL, C.W., *Risk Management- the Changing Scene*, London, 1984.
- PRATO, PORRI, CARRARA, *Lo sviluppo del regime delle assicurazioni in Italia*, Torino, 1928.
- PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, Madrid, 1946.
- RAVANIZZI, A., *La fideiussione*, Milano, 1957.
- RAVAZZONI, A., «Nuovi riflessioni sulle cauzioni fideiussorie», *Assicurazioni*, 1973, pp. 540 y ss.
- RAVAZZONI, A., «Fideiussione in luogo di cauzione», *Assicurazioni*, 1959, núm. I, pp. 266 y ss.
- RAVAZZONI, A., «La fideiussione generale», *BBTC*, Milano, 1980, parte I, pp. 257 y ss.
- RAVAZZONI, «Le c.d. cauzioni fideiussorie», en *Le operazioni bancarie*, tomo II, Milano, 1975.
- RAYMOND, M., «Un nouvel aspect du "risque politique" en assurance-crédit le risque "racial"», *RGAT*, 1939, I.
- REHFOUS, L., *Les assurances*, Genève-Paris, 1902.
- RESCIGNO, «Il problema della validità delle fideiussioni omnibus», *BBTC*, 1972, II, pp. 90 y ss.
- REVUE DE LA BANQUE (Jurisprudencia) «Garanties bancaires independantes», *Revue de la Banque*, 1982, núm. 1.
- ROITMAN, H., «L'agravamento del rischio nel contratto d'assicurazioni», *Assicurazioni*, 1973, pp. 337 y ss.
- RONCAGLI, W., «L'assicurazione dei crediti nell'economia degli stati», *Riv. di Politica Economica*, Roma, 1963, fasc. XI.
- ROSELLO, «Receptum argentariorum», *Archivo Giurídico*, núm. 45, p. 276.

- RUIZ VADILLO, *Derecho civil*, Logroño, 1991.
- SACERDOTI, «Aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato italiano», *Assicurazioni*, 1956, I, pp. 278 y ss.
- SAINTYVES, P., *L'assurance pour quoi*, Paris, 1978.
- SAINZ LÓPEZ, V., «Las acciones de garantía bancaria en Derecho romano clásico», *Anales de la Universidad de Alicante*, 1990, núm. 5.
- SALANITRO, N., «Le fideiussioni bancarie», *BBTC*, 1984, I, pp. 129 y ss.
- SALEMI, B., *L'assicurazione del credito. polize fideiussorie cauzinali*, Milano, 1958.
- SALVESTRONI, U., «Fideiussioni, speciali, atipiche o miste e solidarietà "attenuata"», *BBTC*, 1982, II, pp. 1085 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1981.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Efectos de la declaración inexacta del asegurado», *Riesgo y Seguro*, núm. 11.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Conclusión, documentación, contenido del contrato. (arts. 5 a 24)», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 263 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Artículo 1. Definición», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, tomo XXVIII, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Regulación del contrato de seguro privado», *RES* (volumen especial), 1970, pp. 48 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Art. 43. Subrogación del asegurador», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, tomo XXVIII, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Art. 18. Pago de la indemnización», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, tomo XXVIII, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Art. 26. Principio indemnizatorio y determinación del daño», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, tomo XXVIII, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ GUILARTE, J., «Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una "garantía personal atípica". Comentario a la STS de 11 de julio de 1983», *BBTC*, 1985, pp. 173 y ss.
- SÁNCHEZ GUILARTE, J., «Proyecto de código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda» *RDBB*, núm. 13, 1984, pp. 52 y ss; y en *RDBB*, núm. 15, 1984, pp. 582 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Garantías bancarias: las cartas de "patrocinio" y las garantías "a primera demanda"», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, pp. 711 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud», *RDBB*, núm. 50, 1993, p. 541.
- SANGUINETTI, B.P., *Essai d'une nouvelle théorie pour appliquer le système des assurances aux dommages des faillites*, Livourne, 1839, (reproducido en facsímil por el Centro de Studi Raffaele Boccia, Roma, 1985).
- SANTERNA, *Tractatus perutulitis et quotidianus de assecurationibus et sponzionibus*, Venetiis, 1572.
- SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, tomo IV, Madrid, 1973.

- SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio*, Roma, 1618.
- SCHMINDILIN, O., «L'assurabilité des risches nouveaux des operations bancaires», *Argus International*, núm. 34, pp. 24-27.
- SCIAOLA, A. y BRANCA, G., *Commentario del codice civile*, Bolonia-Roma, (sd).
- SIMLER, P., «Les solutions de substitution au cautionement», *La Semaine Juridique*, Paris, 1990.
- SIMLER, P., *Le cautionement*, Paris, 1983.
- SLUIJTER, H., «El seguro de crédito y las garantías financieras», conferencia en la XII Asamblea General de la Asociación Panamericana de Fianzas, Barcelona, mayo de 1992.
- SNOY, B., «Les implications de l'ouverture du marché des services financiers sur l'avenir du crédit», *Revue de la Banque*, 1988, núm. 2.
- SOLANO, A., «El seguro de crédito y su actual transcendencia», conferencia en la Escuela Profesional del Seguro, Barcelona, 1961.
- SOLARI, *La determinazione internazionale e colposa del sinistro*, Bellizona, 1941.
- STAMMER, «Der Garantievertrag», *Archiv für die zivilistische Praxis*, núm. 69, pp. 1 y ss.
- STOLFI, «Natura giuridica dell'assicurazione cauzioni», *BBTC*, 1958, I, pp. 61 y ss.
- STRACHA, *Tractatus duo de assecurationibus et proxeneti atque proxenetecis*, Amstelodami, 1688.
- SUMIEN, P., *Traité théorique et pratique des assurances terrestres et des operations de capitalisation et d'épargne*, Paris, 1942.
- SUÁREZ-LLANOS, R., «El seguro como intermediario financiero», *RDFHPE*, núm. 98.
- SUMIEN, P., *Traité théorique et pratique des assurances terrestres et des operations de capitalisation et d'épargne*, Paris, 1942, 5^a ed.
- TAMBURRINO, G., «Apunti sulla natura e sulla disciplina della cosiddetta assicurazione fideiussoria», *Assicurazioni*, 1970, I, pp. 523 y ss.
- TAORMINA, «Natura delle assicurazioni fideiussorie», *Foro pad.*, 1957, pp. 919 y ss.
- TAPIA HERMIDA, «Naturaleza jurídica e independencia o abstracción del crédito documentario, el deber del banco emisor de examinar los documentos», *RDBB*, 1989, núm. 35.
- 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.
- TIRADO SUÁREZ, J., «Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, dirigidos por MIGUEL MOTOS y MANUEL ALBADALEJO, tomo XIV, Madrid, 1985.
- TIRADO SUÁREZ, J., «Seguros de caución. Pignoración de pólizas de seguro», en *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992.
- TONNI, «Disciplina legale e convenzionale delle polizze fideiussorie», *Assicurazioni*, 1957, II, pp. 133 y ss.
- TRAVIESAS, «Sobre el contrato de seguro terrestre», *RDP*, 1933, pp. 297 y ss.
- TRIBONDEAU, D., «Assurance-crédit: produit et perspectives à l'heure de l'Europe», *L'Argus*, 1989, (núm. 24-2).
- URIA, R., *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 20.^a ed., 1993.

- URIA, R., «Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico de seguro», *RDM*, 1962, p. 266.
- VALENZUELA GARACH, F., «La seriedad de las llamadas cartas de patrocinio», *RDM*, p. 347.
- VALERI, «La classificazione dei contratti di assicurazione», *Riv. dir. comm.*, 1930, núm. 1.
- VAN RYN, J., y HEENEN, J., *Principes de Droit commercial*, Bruxelles, 1965.
- VAN LEEUW, *Le prix du risque*, Louvain, 1970.
- VAN DE RIJCK, *L'assurance à travers les siècles*, Bruxelles, 1982.
- VAN EECHOUT, W., *Le Droit des assurances terrestres. Traité théorique et pratique*, Bruxelles-Paris, 1933.
- VANARD, R., «L'assurance contre les risques du crédit et les problèmes juridiques qu'elle soulève», *RGAT*, 1930, pp. 276 y ss.
- VANARD, R., «L'insolvabilité au sens de l'assurance-crédit», *RGAT*, 1933, pp. 170 y ss.
- VANDEPUTTE, R., *Manuel des assurances et du Droit des assurances*, 1962.
- VASSEUR, M., «Garantie à première demande justifiée régime juridique de la contregarantie», *La Semaine Juridique* (edición general).
- VERGER, G., *El risk management, nueva estrategia empresarial*, Barcelona, 1983.
- VERON y DAMIRON, *Dictionnaire des assurances*, Paris, 1932.
- VERTONGEN, L., «L'assurances du crédit», *Le petit moniteur des assurances*, 1926, p. 71.
- VERTONGEN, L., «L'assurance-crédit», *Rev. gen. ass. et resp.*, 1929.
- VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, tomo, II, 1990.
- VIDARI, E., *Corso di Diritto commerciale*, vol. V, Milano.
- VIELLEVIGNE, C., y DUPLEX, P., «L'assurance fait-elle crédit?», *L'Assurance Française*, diciembre, 1983.
- VITERBO, C., «Il contratto d'assicurazione», *Riv. dir. comm.*, 1932, II, pp. 60 y ss.
- VIVANTE, C., *Del contratto di assicurazione*, Torino, 1909.
- VIVANTE, C., *El contrato de seguro- de la prenda -el depósito en los bancos generales*, Buenos Aires, 1952.
- VIVANTE, C., *Una nuova teoria dei contratti d'assicurazione*, Roma, 1891.
- VOLPE PUTZOLU, G., «Assicurazioni fideiussorie, fideiussione omnibus e attività assicurativa», *BBTC*, parte II, 1982, pp. 245 y ss.
- VOLPE PUTZOLU, G., «Garanzie fideiussorie e attività assicurative», *Assicurazioni*, 1981, I, pp. 493 y ss.
- VOLPE PUTZOLU, G., «Nouve riflessioni sulle cauzioni fideiussorie», *Assicurazioni*, 1973, pp. 541 y ss.
- WATTINNE, D., *Assurance et opérations de cautionement*, Aix-Marseille, 1991.
- WATT, *Principles of Insurance Applied to Mercantile Debt*, London, 1848.
- WEENS, C., «L'intérêt d'assurance», *Bulletin des Assurances*, 1927, pp. 137 y ss.
- WEILLER, «Se l'assicurazione fideiussoria sia un contratto misto», *Bancaria*, 1958, pp. 1467 y ss.

- WETS, G., «De la nature juridique de l'assurance-caution», *Bulletin des Assurances*, 1954, pp. 352 y ss.
- WESTAL OLOVER, M., *The Historian and the Business of Insurance*, Manchester, 1984.
- WYNEN, P., «La couverture du risque de non-paiement», *Tendences*, p. 149.
- ZALERMO, G., *Contratto preliminare*, Padova, 1991.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Fernández Ciudad, S. A.
en el mes de junio de 1994.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Fernández Ciudad, S. L.
en el mes de junio de 1994.