

EL SEGURO DE GARANTIA DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES

La garantía de obligaciones contractuales se encuentra dentro del ramo de seguros que habitualmente se denomina Caución, Fianzas o Afianzamiento. Este seguro se encuadra dentro de los que tienen por finalidad garantizar a una persona del riesgo que corre al conceder algo a otra persona hoy para obtener algo de ella mañana. Se trata, pues, de seguros de Crédito, en el sentido de «Credere», creer o confiar en algo o en alguien. Dentro del amplio significado del término, el ámbito asegurador se restringe a aquel crédito que tiene un contenido económico asegurable.

En este artículo, el autor analiza las características principales de este tipo de seguro y sus formas de aseguramiento, facilitando al lector una visión amplia de la problemática de los riesgos de la empresa en este campo.

FRANCISCO J. GUTIÉRREZ SÁNCHEZ*

La prestación actual para obtener una prestación futura, en que consiste el crédito, puede ser, según la clasificación romana de «do ut des», doy algo para que me des algo, o «do ut facias», doy algo para que hagas algo. El primer caso corresponde a los seguros de crédito, en sentido estricto, y el segundo a los de caución. Dentro de esta clasificación, el seguro de garantía de obligaciones contractuales se incluye en el último apartado. Entre los seguros de caución, por su técnica y volumen, este seguro es, si no el más importante, uno de los principales. Por otra parte, no es el único, ya que también se aseguran caucionalmente obligaciones legales no contractuales (aduanales, judiciales, etc.).

De lo expuesto se desprende que la garantía de las obligaciones contractuales puede considerarse como un verdadero seguro o, dicho con mayor precisión, que dicha garantía puede prestarse mediante el seguro, aunque pueda también prestarse por otros procedimientos afines.

Esta afirmación difiere de la postura de numerosos especialistas del campo afianzador que sostienen que el seguro de fianzas no es propiamente un seguro, ya que éste y la fianza son dos instituciones distintas aunque esta última sea realizada por compañías de seguros.

No obstante, aquella opinión la respalda el profesor Bastín (1) al afirmar: «En cuanto a la naturaleza de la operación realizada por el asegurador,

* Licenciado en Derecho y Consejero Delegado de MAPFRE Caución y Crédito, S.A.

(1) *El Seguro de Crédito en el Mundo Contemporáneo*, pág. 77, traducción española. Editorial MAPFRE.

consideramos, en contra de la opinión de algunos teóricos, que la caución constituye realmente una operación de seguros, no en el texto mismo del compromiso contraído con el beneficiario, sino en la elaboración de la técnica basada en la compensación de riesgos por el principio de la mutualidad que caracteriza a la operación de seguros».

Las diferencias que se apuntan como fundamentales entre el contrato de seguro y la fianza tienen su base en sus orígenes como contratos civiles independientes; y en este aspecto, especialmente, puede mantenerse su separación y personalidad propia. La fianza es una garantía que puede prestarse de forma aislada e individual, ya sea civil o mercantil; el seguro ha de prestarse necesariamente por empresas de seguros, entidades mercantiles sujetas a unas condiciones de creación y actuación determinadas, económicas, financieras y contables, y sometidas a algún organismo público de control.

Así, en la fianza realizada por compañías especializadas, que están sujetas a unas condiciones determinadas de constitución y funcionamiento, estas entidades cobran una prima por asumir responsabilidades para el caso de que se produzca un hecho futuro e incierto: el incumplimiento del fiado. Tienen unos límites de retención, unas reservas para fianzas en vigor, unas reservas para reembolsos pendientes de pago y están sometidas a un Organismo de control y se ven obligadas a ceder parte de sus primas y responsabilidad cuando su límite de retención se ve excedido. Esta operación de afianzamiento se parece extraordinariamente a un seguro y la empresa que la realiza se asemeja a una aseguradora. Además si se comparan los balances de una institución de fianzas y de una compañía de seguros de fianzas, se comprueba que son sensiblemente iguales.

Existen, pues, diferencias claras entre seguros y fianzas aisladas; pero no tan claras, por no decir inexistentes, entre las fianzas de empresa y los seguros de fianzas.

De acuerdo con esto, resulta indudable que el cumplimiento de obligaciones ajenas puede garantizarse mediante un seguro y, de hecho, viene realizándose así en multitud de países y desde hace bastantes años.

A su vez, es impropio utilizar la denominación de seguros de fianzas o seguros de caución, como los llama la legislación española, ya que la fianza,

la caución y el seguro son formas de garantía que inducen a confundir el concepto, más que definirlo. Es más adecuado designar a este tipo de seguros, como «seguros de cumplimiento de obligaciones».

Por otra parte, no debe renunciarse a mantener la naturaleza específica de estos seguros, como no renuncian los aseguradores de vida. Y es posible, y tal vez deseable, que en el futuro las distintas reglamentaciones de seguros exijan que las aseguradoras de fianzas hayan de tener exclusivamente dicho objeto, sin que puedan extender su actividad a otra clase de operaciones de seguro, como ha ocurrido en España con respecto a las Compañías de Seguros de Vida a partir de la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, y como ocurre en México con las Afianzadoras por su Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En resumen, no existen diferencias fundamentales entre fianzas de empresa emitidas por afianzadoras y seguros de fianza emitidos por entidades de seguros. La diferenciación hay que establecerla entre seguros de fianzas y el resto de los seguros.

Podrían señalarse varias de estas características principales; a continuación se destacan dos que, aunque son comunes a toda clase de seguros, están más acentuadas en el seguro de caución que en los demás: *la compensación de riesgos y la selección de los mismos*.

El hecho de que en todos los casos el afianzador pueda repercutir el importe de sus indemnizaciones sobre el fiado, tomador del seguro, no desvirtúa la naturaleza aseguradora de la institución. La misma circunstancia se da también en algunos seguros de responsabilidad civil.

Precisamente lo que se garantiza es la solvencia y la capacidad técnica del fiado, y el hecho de que el asegurador tenga derecho a resarcirse de éste, en caso de incumplimiento, no elimina la existencia del riesgo asegurable sino que lo limita a sus términos reales.

Al señalar diferencias entre seguro y fianza, se ha comentado que en ésta no se da la compensación ya que, en teoría, no deben producirse pérdidas. No obstante esto es una utopía y la realidad diaria nos convence de lo contrario. Todas las entidades afianzadoras o aseguradoras tienen que hacer frente a lo largo de su vida a nu-

merosas indemnizaciones que hay que compensar. Lo que sí ocurre es que no existen estadísticas de siniestros por estos conceptos y, menos aún, estadísticas que informen de las pérdidas ocasionadas por incumplimientos producidos por los distintos fiados posibles, con arreglo a sus circunstancias de clase de actividad, tamaño, antigüedad, etc. Y aunque existieran, variarían extraordinariamente, de acuerdo con los ciclos de expansión y depresión, tan difíciles de predecir; por lo tanto no es posible establecer unas tablas técnicamente válidas que permitan aceptar riesgos masivos con una tarificación predeterminada.

Las compañías tratan de suplir esta carencia con su propia experiencia y la de sus colegas, estableciendo grupos, cuyas características de riesgo son semejantes.

La prima del seguro no sólo debe cubrir un servicio en las fianzas sino también la participación del asegurado en las pérdidas del grupo a que pertenece que, aunque teóricamente no debieran producirse, de hecho se producen. La frase de que en el seguro de fianzas no deben producirse fallidos y que un siniestro en fianzas es una fianza incorrectamente concedida, está bien como estímulo a los suscriptores, pero no puede llevarse a sus últimas consecuencias, salvo que quiera hacerse responsables a éstos, no sólo de aplicar correctamente las normas de la empresa, sino también del comportamiento futuro de los fiados y aun del desenvolvimiento de la economía nacional e internacional.

Teniendo todo ello en cuenta, es importante establecer en las compañías afianzadoras una política generosa de reservas, dados los largos períodos con que se producen los ciclos económicos y la difícil previsión de las épocas de depresión y su incidencia negativa en la marcha de las empresas. Por ello, la selección de riesgos es absolutamente necesaria y no contradice, sino que hace posible y justa, la distribución de pérdidas.

La selección individual del candidato es la que hace posible y rentable la actuación de las entidades de afianzamiento, y aunque sea un elemento también fundamental para el resto de los seguros, no lo es en la misma medida y con igual intensidad en este campo en el que, según el maestro Greulich de la compañía Hermes «el asegurador vive de los negocios rechazados».

EL SEGURO DE GARANTIA DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Habiendo visto someramente el encuadre de los seguros de fianzas dentro de los seguros generales, a continuación se tratará este tipo de seguro, parte importantísima de aquéllos y objeto de esta exposición.

Este seguro cubre los riesgos que para una empresa pueden derivarse del incumplimiento por la persona o entidad que ha contratado con ella la realización de una obra, un suministro o una gestión determinada.

Es indudable que una empresa que programa su actividad futura puede resultar seriamente dañada, si las entidades o personas con quienes ha contratado la realización de determinados elementos no cumplen total o parcialmente su compromiso.

Piénsese, por ejemplo, en una papelerera que decide ampliar su negocio fabricando una nueva modalidad de papel. Para ello ha de construir una nueva nave industrial y adquirir la maquinaria precisa.

La adquisición de estos elementos conlleva la elaboración de unos planes financieros que permitan esa adquisición. Precisa, asimismo, de una planificación para seleccionar y contratar al personal experto que ha de poner en funcionamiento la nueva maquinaria. Ha de prever, igualmente, con la debida antelación, la adquisición de la materia prima necesaria, incrementando en la forma precisa los suministros de sus proveedores o buscando otros nuevos. También ha de programar su actuación comercial localizando y captando la clientela destinataria de los nuevos productos fabricados.

Todos estos planes, con otros tal vez accesorios, como acopio de energía, vertido de desechos, etc., representan unos altos costes y han de estar perfectamente sincronizados para evitar gastos que pudieran ahorrarse.

De la buena gerencia de la empresa depende que todo ello se realice de forma correcta y se produzcan los beneficios perseguidos.

Pero hay un elemento fundamental que se escapa a la propia gerencia, ya que depende de terceros, y es la recepción, en el momento preciso,

de la obra civil y la maquinaria contratada.

Es curioso comprobar cómo con frecuencia las empresas tienen asegurados todos sus elementos productivos, sus edificios, sus instalaciones, su maquinaria, su personal, etc., bienes todos ellos que, de alguna forma, dependen de su propia gestión, mientras que aquellos otros como los contratos con terceros, que dependen de la gestión ajena, pero que son fundamentales para cumplir sus fines empresariales, los mantienen sin garantía alguna.

Sin embargo, los incumplimientos existen y afectan y comprometen la estabilidad económica de las empresas que los sufren.

La selección previa del contratante no es suficiente. Empresas importantes, con una imagen de gran confianza, pueden verse en ocasiones abocadas a incumplimientos contractuales, aun actuando con la mejor buena fe.

La empresa precavida debe tener cubierto ese riesgo de forma que, en caso de producirse, reciba la adecuada compensación.

Los entes públicos, conscientes de esta realidad, imponen en la reglamentación de sus contratos la obligación de constituir estas garantías.

FORMAS DE COBERTURA DEL SEGURO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Independientemente de las entidades que, según en qué países pueden ser bancos, compañías de seguros o compañías de fianzas, puedan prestar una garantía que cubra al empresario de sus posibles pérdidas por estos eventos, fundamentalmente, la cobertura de estos riesgos se realiza de dos formas distintas.

La más general y extendida mundialmente es el compromiso de la entidad garante de indemnizar al garantizado con una cantidad de dinero, previamente señalada, para compensarle de las pérdidas que el incumplimiento del obligado con él a una determinada prestación pueda producirle. Normalmente se señala un porcentaje sobre el importe del contrato.

La otra, habitual en Estados Unidos y Canadá, consiste en la obligación, por parte de la garantizadora, de terminar por su cuenta la obra o suministro no realizados por el obligado a hacerlo.

Se denomina a las primeras fianzas de indemnización y a las segundas fianzas de cumplimiento. Ambas formas de garantía se configuran como una relación entre tres partes:

- La propiedad o acreedor, que tiene derecho a exigir el cumplimiento de una prestación, garantizada a través de la constitución de una garantía o fianza.
- El contratista o deudor, que está obligado a realizar la prestación y como consecuencia de su obligación ha de prestar una garantía.
- El asegurador o afianzador, que garantiza el cumplimiento de la obligación mediante el compromiso de cumplirla por sí mismo o indemnizar al acreedor en caso de incumplimiento.

Para estas tres partes, la utilización de una u otra forma de garantía tiene distinto tratamiento y consecuencias diferentes.

Para la propiedad, la fianza de cumplimiento posee la ventaja de tener garantizada la terminación de la obra, tal como la ha previsto, sin que pueda encontrarse en el caso de recibir una indemnización insuficiente para conseguir sus fines. Por el contrario, dada la complejidad habitual en el clausulado de los contratos de obra, puede encontrarse con más problemas en el momento de tener que demostrar el incumplimiento que en el caso de las fianzas de simple indemnización.

Para el contratista, la fianza de cumplimiento tiene, a su vez, la ventaja de que el afianzador normalmente tiene interés en colaborar con él en caso de dificultades y, antes de hacerse cargo de la total ejecución de la obra inacabada tratará de dar facilidades para su terminación.

Para el asegurador o afianzador, la fianza de cumplimiento tiene la ventaja de que se encuentra en mejor disposición para comprobar la realidad del incumplimiento y disminuir el importe del siniestro. Tiene, por el contrario, el inconveniente de que ha de disponer de una organización técnica más compleja que en el caso de las simples fianzas de indemnización, para poder hacerse cargo de la terminación de las obras.

Las fianzas de cumplimiento son las que mejor

encajan con la naturaleza del seguro, ya que se limitan estrictamente a reparar pérdidas, mientras que las fianzas de indemnización, al consistir en una cantidad prefijada, podrían representar, en algún caso, un beneficio para el asegurado. Por otro lado, representan una forma de afianzamiento que excluye la competencia de los bancos.

No obstante, la realidad impone que las aseguradoras no pueden optar por una u otra forma de fianza y han de atenerse a la práctica del mercado y a la regulación legal del país en el que actúan.

CRITERIOS ASEGURADORES DE SUSCRIPCION

Las aludidas fianzas de indemnización suelen ser las más habituales en la mayor parte de los países y, especialmente, en países como España que tienen una legislación contractual basada en el Código napoleónico. Es por ello que debido a su importancia, conviene señalar los elementos esenciales de la suscripción de este tipo de contratos por parte de las compañías aseguradoras, fundamentalmente basada en una adecuada selección de riesgos apoyada en los términos siguientes:

- Obtención de los datos precisos.
- Configuración de un criterio unificado y justo en la apreciación de estos datos.

El primero de estos aspectos obliga a mencionar la dificultad que a veces representa la obtención de informes fiables, dificultad que aumenta en aquellos países donde no se exige la publicación de balances auditados.

Los datos a tener en cuenta para realizar una clasificación correcta son múltiples y variados, pudiéndose agrupar en los tres grandes apartados que se comentan a continuación.

Datos referentes a la empresa proponente

Esquemáticamente en el Cuadro I se reflejan los datos requeridos en este aspecto. Atendiendo a la finalidad de los mismos, estos datos pueden agruparse en inmediatos y mediatos.

Los datos inmediatos son aquellos que se refieren de forma directa al riesgo de una operación concreta, es decir, a la solvencia del candidato por sí mismo, ya sea una persona individual o una sociedad.

Dentro de este grupo de datos inmediatos referidos al riesgo a cubrir, se distinguen:

- Datos objetivos: referentes a la empresa como tal y que pueden ser internos, como los derivados de su contabilidad, balances y cuenta de pérdidas y ganancias; o externos, derivados de su comportamiento conocido en cuanto a pagos, producción, relaciones laborales, avisos de falta de pago y prórrogas, relaciones bancarias de efectos impagados, etc.
- Datos subjetivos: referentes a la personalidad de los propietarios o dirigentes, que vendrían dados por los antecedentes sobre su integridad y competencia.

Este tipo de datos inmediatos o directos es, sin duda, actualmente fundamental y básico para realizar las clasificaciones, aunque venga atemperado por los datos mediatos o indirectos.

Precisamente, los datos mediatos son aquellos que no afectan directamente al riesgo, sino al contorno en que se desenvuelve.

Cuadro I. Criterios de selección: Datos referentes a la empresa proponente

- | |
|---|
| <p>1. Datos inmediatos o directos:</p> <p>a) Objetivos.</p> <p>b) Subjetivos.</p> <p>2. Datos mediatos o indirectos:</p> <p>a) Mercado:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Situación económica general. • Situación económica del sector industrial o mercantil. • Situación económica de la zona geográfica. <p>b) Cúmulo de riesgos de la empresa:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conjunto de riesgos que mantiene sobre los de su clase. • Conjunto de riesgos que mantiene sobre el riesgo catalogado según los parámetros anteriores. |
|---|

Estos datos han de juzgarse teniendo en cuenta la credibilidad que merezca el informe por razón de su origen.

El establecimiento de una fórmula que, mediante la aplicación de coeficientes obtenidos de todos y cada uno de los datos disponibles, llevara a la determinación matemática de la cifra de clasificación en cada caso, debe considerarse como algo totalmente irrealizable.

No obstante, puede lograrse la formación de un grupo clasificador, lo suficientemente restringido como para permitir la unidad de criterio.

La uniformidad y el acierto en el criterio selectivo permiten obtener datos estadísticos propios, dignos de confianza para una actuación futura cada vez más técnica.

Datos referentes a la obligación garantizada

Estos elementos básicos para la selección de clientes junto al conocimiento del volumen total de fianzas presentadas por la empresa, para el cumplimiento de sus compromisos, son comunes para toda clase de fianzas y han de completarse con otros que son típicos de las distintas clases de ellas.

Este apartado se refiere especialmente a las fianzas de seriedad de oferta y ejecución de contratos, comprendiendo el de buen uso de anticipos. Las fianzas de seriedad de oferta, también denominadas provisionales o de licitación, se emiten aun sin saber si van a ser efectivas; ya que, aunque producen el efecto de hacer admisible la oferta del contratista, no implican en realidad riesgo para el afianzador hasta que la oferta afianzada le ha sido adjudicada al contrato objeto de afianzamiento.

En algunos países estas fianzas de licitación se convierten automáticamente en fianzas de ejecución, al ser adjudicado el contrato al proponente afianzado.

El problema fundamental que suele presentarse en estas operaciones es conocer el contenido económico de las mismas, ya que los contratistas lo consideran como un secreto celosamente guardado para evitar que lleguen filtraciones a las demás empresas licitadoras y el importe de la fianza gira normalmente sobre el tipo de licitación y no sobre la oferta. Aun en el caso de conocerse la

oferta que se afianza, se desconocerán generalmente las del resto de los concursantes.

A estos efectos, es interesante conocer naturalmente el porcentaje de la garantía que se establece como fianza sobre el importe del contrato y las características de éste; siendo la emisión de la fianza de ejecución consecuencia necesaria de la adjudicación del contrato, habría que tener en cuenta las mismas circunstancias que han de estimarse para la concesión de aquélla.

Por su parte, en las fianzas de ejecución básicamente deberían examinarse las características del contrato que se ha de afianzar y las que reúna el contratante, según se indica en el Cuadro II.

Datos referentes a la fórmula jurídica de la fianza. Las fianzas a primer requerimiento

Hasta ahora se ha aludido a la naturaleza y contenido de las fianzas, basándose en la obligación cuyo cumplimiento se garantiza. A partir de este momento se hará referencia a las fianzas por razón de la forma en que están suscritas.

Dichas fianzas pueden estar suscritas mediante un contrato de indemnización en el que se recogan todos los condicionamientos bajo los que se presta la garantía, condicionamientos que podrán significar una menor responsabilidad del afianzador de la que incumbe al afianzado.

Pueden estar suscritas también mediante un compromiso unilateral, en el que el afianzador o garante se compromete a realizar la compensación económica establecida en el contrato garantizado, para el caso de que no se cumplan por parte del afianzado las prestaciones contratadas, en cuanto el beneficiario reclame por incumplimiento, sin otra obligación que alegar que se ha producido este hecho.

Estas reciben el nombre de fianzas a primer requerimiento.

No cabe duda de la gran diferencia que se establece entre ambos tipos de fianzas, en cuanto a la peligrosidad del riesgo asumido.

En la segunda clase de fianza, no teniéndose en cuenta las circunstancias que han concurrido en el incumplimiento, el beneficiario puede requerir el pago de una indemnización, aun siendo él mismo el causante del incumplimiento e incluso habiendo causado notables perjuicios al fiado. Este podrá reclamar en estos casos, o lo hará el fiador

Cuadro II. Criterios de selección: Datos referentes a la obligación garantizada

1. Fianzas de seriedad de oferta.	
2. Fianzas de ejecución:	
<i>Contrato:</i>	<i>Afianzado:</i>
a) Importe del contrato o, al menos, importe de salida del mismo.	a) Solvencia económico-financiera.
b) Existencia o no de cláusula de revisión de precios.	b) Experiencia general y específica en obras de las características de las contratadas.
c) Plazo de duración de las obras.	c) Parque de maquinaria general y especial.
d) Período de garantía señalado.	d) Personal facultativo y especializado.
e) Ubicación de las obras.	e) Organización territorial de la empresa y distribución de sus efectivos.
f) Naturaleza de la obra: <ul style="list-style-type: none"> • Necesidad o no de técnicas especiales. • Necesidad o no de maquinaria especial. 	f) Autosuficiencia o necesidad de emplear subcontratistas.
	g) Solvencia económico-financiera y técnica de los subcontratistas, cuando existan.
	h) Otras obras en las que se halle comprometida.

subrogándose en su lugar; pero la indemnización habrá de realizarse y el recobro podrá dilatarse, con la grave carga de la inversión de la prueba. No será el beneficiario el que tendrá que probar el incumplimiento culposo del fiado sino éste el de aquél.

Establecida en estos términos, la cuestión es así y la diferencia del riesgo la apuntada. Pero, para su calificación hay que tener en cuenta dos condicionantes. En primer lugar, el porcentaje que representa la fianza sobre el monto del contrato, ya que si éste es pequeño, entre un 5 ó un 10%, es muy posible que el beneficiario prefiera llegar a un entendimiento con el contratista, prorrogando o modificando el contrato, antes que rescindirlo y exigir la indemnización, dado que no compensaría los perjuicios que dicha medida pudiera ocasionar, acudiendo a ella sólo en caso de necesidad.

El otro condicionante es la legislación y la práctica jurídica del país donde se preste la fianza, ya

que, aunque la fianza especifique que es a primer requerimiento, si éste no es atendido por el asegurador, habrá de ser demandado judicialmente; su compromiso de pago está basado en otro subyacente y, según qué legislaciones y tribunales, no dejarán éstos de eximir al afianzado, si de las actuaciones judiciales se deduce la existencia de una demanda abusiva.

Es claro que ésta no es la forma habitual de operar de un asegurador. Con respecto al primer condicionante, porque no debe basar su actuación en la falta de reclamaciones por insuficiencia de la garantía prestada, que es tanto como decir por insuficiencia del servicio que el afianzador debe prestar. Y con respecto al segundo, porque tampoco debe el asegurador de fianzas basar su cartera de riesgos en unas posibles actuaciones judiciales, que defrauden la confianza del beneficiario.

No obstante, la regulación y la práctica en algunos países obligarán al afianzador a aceptar esta forma de afianzamiento, si quiere estar en el mercado.

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Finalmente, es preciso referirse brevemente a la legislación española en esta materia.

Al publicarse la Ley de Bases de Contratos del Estado, que comenzó a aplicarse en 1964, se aceptó por primera vez en España el afianzamiento de estos contratos mediante avales emitidos por bancos o entidades de seguros (art. 122). «El aval a que se refiere la presente Ley, se otorgará...», decía este artículo.

Con ello se introducía una importante novedad en la contratación administrativa y, al mismo tiempo, una cierta contradicción legislativa. La Ley de Seguros de 1954 establecía que las Compañías de seguros no podrían realizar operaciones «distintas de los seguros» y ahora una nueva Ley autorizaba a que también otorgaran avales. Esta antinomia se resolvió por el Organismo de Control aceptando la emisión, por las Compañías de seguros, de pólizas de caución en cuyo condicionado figuraba que la compañía, cuando el asegurado así lo exigiese, emitiría como documento complementario un aval.

Al publicarse el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 que desarrollaba la Ley, se decía en su artículo 371 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 suscriban».

Este mandato legislativo no ha sido cumplido por la Administración y la Ley de Contrato de Seguro de 1980, que podía haberlo hecho, tampoco resolvió el problema, ya que se limita a señalar en su artículo 68 el contenido del seguro de caución, sin mencionar los avales que siguen exigiéndose. Lo mismo sucede con la Ley de Ordenación del Seguro privado de 2 de agosto de 1984 que se limita, por una parte, a señalar que las compañías que practiquen el ramo de caución deberán disponer de un capital mínimo suscrito de 160 millones de pesetas y, por otra parte, a prohibir «el otorgamiento de avales o garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora».

Según el vigente sistema expuesto, en principio debe estimarse que se está ante un caso de fianzas a primer requerimiento, ya que el organismo

beneficiario desconoce el contenido de la póliza y como garantía sólo tiene a su disposición un documento aval redactado en los siguientes términos:

«La entidad de seguros... avala en los términos y condiciones generales establecidos en la Ley de Contratos del Estado y especialmente en el artículo 375 de su Reglamento, a: ... ante ... por la cantidad de ... en concepto de fianza definitiva, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato...».

Y el artículo 375 dice: «La entidad avalista deberá responder frente a la Administración del importe señalado como fianza y en los mismos términos que si fuese constituida por el propio contratista, sin que menoscabe de algún modo las responsabilidades que le afectan, con arreglo a lo establecido en la Legislación de Contratos del Estado y sin que pueda utilizar el beneficio de excusión a que se refiere el artículo 1.830 del Código Civil».

Ahora bien, el texto dice «en los términos y condiciones generales establecidos en la Ley de Contratos del Estado» y esta disposición tiene por finalidad regular la actividad de la Administración, que no es discrecional, sino reglada. Entre sus disposiciones se señala, por ejemplo, en el artículo 159: «El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del mismo. Si ha habido dolo, fraude o engaño por parte del contratista, se acordará siempre la resolución del contrato».

Y en el artículo 160: «Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá además indemnizar a la Administración de daños y perjuicios».

Es evidente que la propia Administración limita la incautación de la fianza a los casos de culpa del contratista y a estos efectos determina en el artículo 165 que la suspensión de pagos, e incluso la quiebra, no darán por sí mismas lugar a la incautación de la fianza, sino solamente cuando sean culpables o fraudulentas, reflejando en el artículo 132 una enumeración de los casos de fuerza mayor.

