

EL SEGURO DE CAUCIÓN ¹

Javier López y García de la Serrana
Abogado

Secretario General de la Asociación Española de
Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Sumario: I- INTRODUCCIÓN. II- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN. III- NATURALEZA DEL SEGURO DE CAUCIÓN. IV- EL SEGURO DE CAUCIÓN Y SU FUNCIÓN DE GARANTÍA. V.- EL SEGURO DE CAUCIÓN Y SU FINALIDAD ASEGURADORA. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Contrato de Seguro dentro de su Título II, Seguro de Daños, regula en su Sección 6.^a el seguro de caución a través del artículo 68, tratándose de un precepto parco en palabras, si bien ello estaría justificado para algún sector de la doctrina, por la necesidad de dar cabida a la multiplicidad de posibilidades de seguro de caución existentes en la práctica aseguradora, aunque no deja de sorprender frente otro tipo de seguros, como por ejemplo el seguro de lucro cesante, al que la Ley dedica cinco artículos² para su regulación.

El artículo 68 de la L.C.S. define al seguro de caución como aquel por el "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. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro".

En esta definición aparecen las tres partes que configuran el seguro de caución, que son el tomador del seguro o contratante, el asegurado o beneficiario y el asegurador. Las relaciones entre las partes que configuran los seguros de caución son las siguientes:

a) Entre el tomador del seguro y el asegurado: Existe normalmente un contrato, y en garantía del cumplimiento de este contrato, el asegurado exige al tomador una caución.

¹ El presente trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación que realizo junto con mi compañera Raquel Ruiz García, en el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada, bajo la dirección del Dr. Javier Camacho de los Ríos, expresando al mismo mi agradecimiento por su atención y dedicación.

² Arts. 63 al 67 de la Ley de Contrato de Seguro.

b) Entre el asegurado y el asegurador: El vínculo viene establecido por el certificado individual de seguro de caución. Por este documento el asegurador garantiza al asegurado que el tomador del seguro va a cumplir sus obligaciones contractuales, comprometiéndose en caso contrario a pagar, como indemnización o penalización, el importe establecido en el certificado individual de caución.

c) Entre el asegurador y el tomador del seguro: El vínculo lo establece la póliza. Este documento confirma el derecho de repetición, que reconoce el Código de Civil a todo fiador (art. 1838), es decir, el derecho del asegurador a reclamar al tomador del seguro las cantidades que hubiera tenido que pagar como consecuencia de la incautación de la garantía por el asegurado.

El hecho, por una parte, de que tenga el seguro de caución la finalidad de reforzar la seguridad de satisfacción de un crédito, y, por otra parte, el ser emitido por una compañía de seguros, ha dado lugar, dentro y fuera de nuestras fronteras, a una interesante polémica doctrinal acerca de cuál es la naturaleza jurídica de esta figura. Dificultad añadida es la confusa redacción de las pólizas de seguro de caución, pólizas en las que, de forma indiscriminada, se utilizan los términos "seguro de caución", "afianzamiento", "en concepto de fianza", "aval", "seguro de fianza", etc... Estas circunstancias determinan la necesidad y conveniencia del estudio del seguro de caución como garantía personal.

II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN

El seguro de caución nace por imposición legal, a través de mandamiento jurídico o reglamentario, o de un acuerdo contractual entre las partes, surgido ante el establecimiento de una relación jurídica obligatoria que implique el cumplimiento de unas obligaciones. Se trata en definitiva de garantizar al acreedor que su crédito será satisfecho.

Dada la finalidad del seguro de caución su campo de actuación es muy vasto, pudiendo ser aplicado a todas aquellas relaciones jurídicas que exigen un reforzamiento de su contenido obligacional. Así, 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 la práctica, y en atención no ya al origen de la obligación garantizada sino al origen de la obligación de prestar la 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 Pública³ 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.

Un campo muy amplio de la caución lo representan las distintas fianzas que se prestan tanto en contratos con la Administración como con particulares, entre las que destacan las fianzas provisionales o de licitación (responden del mantenimiento de la oferta prestada para contratar una determinada obra o servicio ofertado por la Administración), la fianza de ejecución de obra o prestación de servicios, (garantizan la buena ejecución del contrato en las condiciones pactadas, así como el periodo de

³ Art. 35 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; artículo que no ha sufrido modificación tras la publicación de la Ley 13/2003 de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas.

garantía que se pueda establecer), la fianza por acopio de materiales/anticipos (asegura que el material acopiado será incorporado a la obra correspondiente; en la práctica lo que realmente se garantiza son los anticipos a cuenta del precio final ejecutado de una obra), o la fianza en garantía de retenciones (sustituyen a las retenciones de las certificaciones de obra pactadas en el contrato).

No obstante, estas obligaciones cuyo origen se encuentra en conductas realizadas directamente por el deudor pueden tener, en ciertos casos, otro carácter; tal es el caso, por una parte, de las llamadas cauciones judiciales, y, por otra parte, de las realizadas con motivo de una concesión administrativa (lotería nacional...), o a raíz de la obtención de una subvención o ayuda.

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, agentes de seguros, agentes de la Propiedad Inmobiliaria, concesionarios de gas, etc...

Hoy en día el seguro de Caución es un instrumento indispensable en el tráfico mercantil de cualquier empresa para evitar inmovilizaciones financieras innecesarias, permitiendo disfrutar de una línea de fianzas "ad hoc" que garanticen el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas.

III.- NATURALEZA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

El seguro de caución es considerado por la doctrina, de forma prácticamente unánime, como seguro de daños⁴, pudiendo deducirse tal consideración de la colocación del seguro de caución junto al resto de los seguros de daños. 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 daño⁵. 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.

El seguro de caución es, además, un seguro por cuenta ajena, como ha mantenido la unanimidad de la doctrina⁶, 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, lo cual significa que el tomador y el asegurado son dos personas distintas. De este modo los sujetos que encontramos en este contrato de caución son por un lado el asegurador, que por Ley debe de ser una compañía de seguros, el tomador del seguro que es el deudor de la obligación subyacente, y el asegurado, que es el acreedor de dicha obligación.

Conviene analizar no solo la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador, que será objeto de estudio en los apartados posteriores, sino también la naturaleza contractual de la póliza de caución.

Sobre este problema han sido muchas y muy variadas las posiciones doctrinales,

⁴ CAMACHO DE LOS RIOS, J. "El seguro de caución como garantía personal", cit. p. 771; TIRADO SUAREZ, F.J., ob. últ. cit. p.1033; OLIVENCIA RUIZ, M., "Seguros de caución, crédito y responsabilidad civil y reaseguro", Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, t. I, dir Evelio Verdera y Tullés, Madrid, 1983, p. 869.

⁵ INFANTE RUIZ F.J. "Las garantías personales y su causa" cit p. 246.

⁶ TIRADO SUAREZ, F.J., ob, últ,cit, p 1040; CAMACHO DE LOS RIOS, J., ob,utl.cit.,p.771; GARRIGES, J., ob.últ.cit,p 351; EMBID IRUJO, J.M. "El seguro de caución como garantía", cit., p.704.

si bien todas admiten y se mueven en torno a la concurrencia de elementos típicos de la fianza y el seguro. Se tienden a buscar por tanto las características del seguro de caución, y así y en primer lugar se ha calificado al seguro de caución como un contrato preparatorio o precontrato. Es decir, 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...) y que sólo una vez que el acreedor ha aceptado, aparece ya el verdadero contrato de fianza.

Para otro sector doctrinal el seguro de caución sería una fianza construida sobre la base del negocio a favor de tercero. Así, y por lo que respecta a la doctrina española ha entendido que el contrato celebrado ante el que nos encontramos es de fianza, fianza construida sobre la estructura negocial del contrato a favor de 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. Por tanto desde el momento en que el seguro de caución es aceptado por el beneficiario da lugar a una obligación fideiusoria a cargo del asegurador, encontrándose el asegurado directamente relacionado con este, a pesar de no ser parte en el contrato, de manera que puede exigir la indemnización en caso de siniestro e incluso pesan sobre él determinados deberes de información.⁷

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.

Algunos autores han tratado de explicar el esquema contractual del seguro de caución reconduciéndolo al de un negocio indirecto, en la medida en que las partes concluyen un contrato de seguro cuando lo que realmente persiguen es la constitución de una fianza.

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 naturaleza compleja o mixta, pero tal figura no puede ser aplicada al seguro de caución puesto que en él existe sólo una causa, que es la de garantía.

En íntima relación con la teoría anterior, se ha calificado 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, modificaciones que la convierten en un "subtipo innominado de fianza", habiendo tenido esta doctrina una grana acogida en nuestra doctrina. Esta teoría ha sido acogida muy favorablemente por Embid Irujo⁸, considerando que nos encontramos ante un negocio de fianza en el que se han insertado cláusulas atípicas respecto del mismo, correspondientes al contrato de seguro.

Ha sido Camacho de los Rios⁹ quien ha perfilado las conclusiones prácticas a la que llega esta teoría, estableciendo en primer lugar que al no ser el seguro de caución un contrato de seguro, la falta de riesgo asegurable no da lugar a la nulidad del contrato por falta de causas y el incumplimiento doloso del tomador del seguro no exime al asegurador de su deber de pagar; en segundo lugar al ser genéricamente un contrato de fianza, se deduce la existencia de un derecho de reembolso a favor del asegurador; y en tercer y último lugar, de su naturaleza de subtipo innominado de fianza se deriva la validez de la obligación de pagar la prima, obligación que no tiene la consideración de recíproca con respecto a la obligación del asegurador de pagar en caso de

⁷ INFANTE RUIZ, F.J. "Las garantías personales y su causa, cit. Pag 249.

⁸ EMBID IRUJO, J.M. "El seguro de caución: régimen jurídico convencional..." cit, pp. 1076-1077.

⁹ El seguro de caución. Estudio crítico, cit.,p.79.

incumplimiento.

Se ha iniciado una corriente jurisprudencial tendente al reconocimiento de lo que se ha denominado "aval en sentido amplio". Por tanto podría incluirse el seguro de caución en la categoría de "aval en sentido amplio"; con ello, no sólo se haría hincapié en su función eminentemente de garantía, sino que, además, se explicaría la frecuente inclusión de cláusulas "a primer requerimiento". No obstante, no hemos de olvidar la problemática que, desde un punto de vista práctico, presenta la teoría del "aval en sentido amplio". Esta doctrina se ha manifestado en Sentencias tales como las dictada por el Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 1980, con precedentes en las de 7 de diciembre de 1968 y de 24 de noviembre de 1978.

Teniendo todo esto en cuenta, no podemos, al menos por ahora, limitarnos tan sólo a considerar al seguro de caución como incluíble dentro de del concepto amplio de aval, dada la falta de concreción de qué sea exactamente dicho concepto amplio de aval. 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.

IV.- EI SEGURO DE CAUCIÓN Y SU FUNCIÓN DE GARANTÍA

La función primordial del seguro de caución es la de sustituir a la caución que, en determinados casos, ha de prestarse como garantía de cumplimiento de una obligación. Así, mientras que con la caución el acreedor tiene la posibilidad de autosatisfacción, sin embargo, con el seguro del mismo nombre, la satisfacción del crédito va a depender del acto de cumplimiento de un tercero.

Como hemos dicho, la función del seguro de caución es sustituir la caución que, en ciertos casos, y ello ya que el seguro de caución, al ser concertado con una Entidad Aseguradora, se considera como fianza suficiente, susceptible de sustituir la prestación de una caución. 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 principal. En este sentido, es indudable que el seguro de caución se asemeja a la fianza.

Por otra parte, el seguro de caución, es como su nombre indica, un seguro. Ello ha originado una viva polémica acerca de la naturaleza jurídica de esta figura. La disyuntiva fundamental parece ser la de si el seguro de caución persigue el garantizar el cumplimiento de la obligación principal (naturaleza fideiusoria) o, por el contrario, persigue el indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento de aquella (naturaleza aseguradora)¹⁰.

No han faltado opiniones doctrinales y jurisprudenciales que han negado el carácter fideiusorio del seguro de caución en base, fundamentalmente, al carácter indemnizatorio del mismo. Dicho carácter indemnizatorio conduce, sin dificultad, a concluir la naturaleza autónoma de la obligación asumida por el asegurador.

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.

¹⁰ En este sentido se han manifestado Sentencias tales como las dictadas por el Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2002, 23 de abril de 2002, 26 de febrero de 2001, 10 de octubre de 2000.

Dentro de esa misma línea, nuestro Tribunal Supremo¹¹, en ocasiones, ha utilizado 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. 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 asume¹², 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.

Este criterio del TS 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.

En definitiva, parece que, hoy por hoy, ha de rechazarse la estricta contraposición entre función de garantía y función indemnizatoria, ya que no parece tan claro que la fianza siempre garantice el cumplimiento de una obligación y el seguro siempre indemnice unos daños.

El Tribunal Supremo ha utilizado en su Sentencia de 19-05-90, como argumento en contra de la naturaleza fideiusoria del seguro de caución¹³, la falta de accesoriedad del mismo frente al carácter esencialmente accesorio de la fianza.

La accesoriedad entendida en sentido amplio es predicable de la garantía constituida a través de un seguro de caución, si bien es cierto que ello no nos lleva a identificarla con la fianza, ya que la accesoriedad, así entendida, es un carácter común a los derechos de garantía en general.

La accesoriedad como característica propia y especificadora de la fianza radica en el fin que ésta cumple. Según ello, consecuencia de la accesoriedad 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 pueda exceder de la del deudor principal, el que la 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 principal.

Al igual que respecto de la accesoriedad, discute la doctrina acerca del contenido y significación de la subsidiariedad, así como acerca de si este carácter aparece en el seguro de caución, dada la frecuencia con que en el mismo se produce, por parte del asegurador, la renuncia al beneficio de excusión.

Pues bien, por lo que respecta a la subsidiariedad, nada impide que consideremos al seguro de caución como una fianza. Así, 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 -asegurado-.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990.

¹² En este sentido se han pronunciado Sentencias tales como la dictada por el Tribunal Supremo de 12 de marzo, o de 5 de junio de 1992, etc.

¹³ En contra de tal naturaleza se han pronunciado Sentencias como la dictada por el Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997, de 6 de julio de 1998, o de 20 de diciembre de 1999.

Por su parte, si consideramos que la subsidiariedad es un elemento esencial de la fianza que no se restringe al beneficio de excusión, 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 al éxito de la denuncia formal de incumplimiento ejercitada por el acreedor garantizado (asegurado). En definitiva, aún cuando el asegurador renuncie al beneficio de excusión, podrá siempre oponerse a la pretensión del asegurado si este no demuestra el incumplimiento del tomador.

Por todo lo expuesto, 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.

VI.- EI SEGURO DE CAUCIÓN Y SU FINALIDAD ASEGURADORA

Un sector importante de la doctrina niega el carácter fideiusorio del seguro de caución, manteniendo su naturaleza jurídica asegurativa, haciendo hincapié en su pretendido carácter indemnizatorio en un intento de salvar la naturaleza asegurativa de esta figura¹⁴ Así, por una parte las pólizas de caución constituyen actividad propia y típica de las Entidades aseguradoras; por otra parte, esencial es también 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 y determinación de las primas, entre otras.

Ahora bien, el afirmar que el seguro de caución, como contrato, tiene naturaleza asegurativa, puede suscitar algunos interrogantes en torno a cuál sea el riesgo, su asegurabilidad, producción del siniestro, etc.

En torno a la cuestión de cuál sea el riesgo en el seguro de caución, y partiendo de la base de que el seguro que nos ocupa cumple una función caucional, el riesgo que cubre debe de ser el mismo para el que se impuso el deber de constituir la caución, es decir, posibilidad de que el deudor incumpla. Por tanto cabe concluir que el riesgo asegurado es el incumplimiento del deudor-tomador de sus deberes legales o contractuales, incumplimiento del que deriva un daño patrimonial para el acreedor.

Una vez concluido que el riesgo asegurado no puede ser otro que el incumplimiento del tomador, hemos de plantearnos la cuestión de si este incumplimiento es susceptible de considerarse como riesgo asegurable. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la doctrina como la LCS configuran al seguro de caución como un seguro de daños.

Teniendo esto en cuenta, el problema que se plantea es si también el seguro de caución tiene una función indemnizatoria, y, en consecuencia, si el riesgo cubierto por él es o no asegurable, y ello ya que cabe dudar de que el mero incumplimiento suponga, de forma inmediata, la producción de un daño.

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; en efecto, daño asegurable no es

¹⁴ GARRIGES, J. ob. ult. Cit., pp.352-353; VICENT CHÚLIA, F. Introducción al Derecho Mercantil, cit. Pp. 788-799; TIRADO SUAREZ, J.,ob. últ. Cit, pp 1032-1041.

sólo la pérdida definitiva de un crédito, sino cualquier lesión de un interés económico. Puesto que con el incumplimiento se verifica una lesión en los intereses económicos del acreedor, no parece que pueda negarse el 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.

b) para otros autores, la afirmación de que el incumplimiento es un riesgo asegurable se basa en la consideración de que, si bien es cierto que el principio indemnizatorio aparece siempre en ciertas formas de seguro, no por ello ha de configurarse como elemento imprescindible y esencial de todo contrato de seguro.

Un segundo aspecto que, en relación al seguro de caución como contrato de seguro puede resultar complejo es el relativo al siniestro, entendido éste como materialización del riesgo previsto en la póliza, que da paso a la prestación del asegurador. Este esquema presenta, en relación al seguro de caución, ciertas peculiaridades:

1º.- 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. Ha de señalarse que, estas pólizas, que no persiguen sino sustituir la valoración del interés a través de dictamen pericial por una valoración contractual anticipada, no son contrarias al principio indemnizatorio.

2º.- 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 art. 19 de la LCS, que excluye la obligación de pago del asegurador cuando el siniestro hubiese sido causado por mala fe del asegurado. Tal contradicción se ha resuelto sobre la consideración de que el art.68 supone una excepción al principio general consagrado por el art.19, ya que no tendría sentido que el asegurador se exonerase del pago alegando que el siniestro -incumplimiento de la obligación- había sido causado por mala fe del tomador.

3º.- Característica importante del seguro de caución es la falta de concreción teórica de cuándo se ha de entender producido el siniestro. En efecto, la utilización del término "incumplimiento" permite que pueda considerarse como incumplimiento sólo aquél que es imputable al deudor, o bien cualquier supuesto de no cumplimiento, lo que abarcaría el simple retraso en el tiempo, la prestación incompleta o defectuosa, así como el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. Ello hace patente la especial importancia que, en el seguro de caución, tiene el deber precontractual de declaración del riesgo.

4º.- Estrechamente relacionada con la cuestión anterior se encuentra la referida a la interpretación de las cláusulas "a primer requerimiento". La inclusión de estas cláusulas, que implican la obligación del asegurador de pagar la indemnización a la simple reclamación del asegurado, 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.

Aun cuando el asegurador puede oponerse a la petición de pago hecha por el asegurado-beneficiario cuando dicha petición sea abusiva o manifiestamente improcedente, no podemos sino reconocer que tal requerimiento -al ser una presunción de realización del siniestro- genera un efecto similar al del verdadero acaecimiento del mismo, en la medida en que va a desencadenar la puesta en marcha de la maquinaria

aseguradora, tendente a verificar su efectiva o no efectiva producción.

Una tercera cuestión que surge en torno al seguro de caución como contrato de seguro es la relativa a la obligación de pago de la prima y, en concreto, si puede el asegurador exonerarse de su obligación frente al asegurado alegando el impago de aquélla por parte del tomador. Así señala el art.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 aquélla.

Se exceptúan de la regla general contenida en el art. 15 de la LCS los seguros de afianzamiento de cantidades anticipadas por los adquirentes de viviendas.

Tal excepción responde al hecho de que el seguro de caución en afianzamiento de cantidades entregadas para la vivienda presenta una característica fundamental y es que en ellos, el asegurado es siempre un particular.

De lo dicho se concluye que, en caso de impago de la prima por parte del tomador, ser de aplicación lo previsto por el art.15 de la L.C.S.; esto es, el asegurador podrá eximirse de sus obligaciones frente al asegurado y, en caso de que este reclame el pago de la indemnización, podrá excepcional la falta de pago de tales primas.

Como ha establecido Infante Ruiz¹⁵, en cuanto a la jurisprudencia de los abundantes fallos existentes en esta materia, pueden extraerse dos conclusiones: 1.^a De manera unánime las sentencias que se han planteado la naturaleza jurídica del seguro de caución afirman su naturaleza asegurativa teniendo en cuenta principalmente, su carácter indemnizatorio¹⁶, con excepción de aquellas otras que toman en consideración las pólizas de afianzamiento con cláusulas de pago a primer requerimiento, las cuales, aún indirectamente, como se ha dicho, las configuran como garantías independientes; 2.^a En cuanto al régimen jurídico de este contrato se aplica de manera indiscriminada el régimen de los seguros de daños frente al de la fianza¹⁷.

Además del hecho de que, en el seguro de caución aparecen todos los elementos del contrato de seguro, para un amplio sector doctrinal la mera presencia de una empresa de seguros, así como el sometimiento a los principios de técnica asegurativa, son elementos suficientes para determinar la naturaleza jurídica del contrato por aquélla celebrado. Por lo tanto 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.

Por último quiero citar el caso objeto de estudio de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 2003¹⁸, que determina cuál es el contrato firmado por la aseguradora recurrente, en cuanto a la naturaleza del afianzamiento, configurándolo como un seguro de caución: *"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 el incumplimiento le hubiera producido. En este caso, la obligación*

¹⁵ INFANTE RUIZ, F.J. "Las garantías personales y su causa" pag. 275-276.

¹⁶ En este sentido se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990, en la que se sostiene la naturaleza asegurativa sobre la base del carácter indemnizatorio del seguro de caución.

¹⁷ Con carácter general las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1991 y de 6 de julio de 1998 consideran aplicables la normativa del seguro y no la de la fianza.

¹⁸ RJ 2003/2572

asumida por la constructora, en contraprestación a la entrega del terreno por los actores, era la entrega en su momento de tres pisos y tres plazas de aparcamiento, pero la obligación de la Aseguradora no era ésta, sino el abono de treinta millones de pesetas, que significaba la tasación del perjuicio por el incumplimiento". Luego la finalidad perseguida por este seguro no es sino la de constituir una garantía frente al incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales, lo que se traduce en la obligación, que al tomador del seguro corresponde, de indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos, no en sustituir al tomador en sus obligaciones; por eso, lo que la ley permite al asegurador una vez indemnizado al asegurado, es una acción de reembolso frente al tomador y no una subrogación en los derechos del asegurado contra el tomador.

VII. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto se puede concluir diciendo que el régimen aplicable al seguro de caución es el de la fianza, con las modulaciones que se hayan introducido en la póliza y que no sean incompatibles con su función de garantía, entendiendo que el seguro de caución tiene una naturaleza fideiusoria, pero también es cierto que el seguro de caución, como contrato, tiene una naturaleza asegurativa, al aparecer en él todos los elementos esenciales del contrato de seguro, pero ahora bien, mantener que es seguro de caución es un contrato de seguro, choca con la afirmación de que la compañía de seguros ocupa la posición de un fiador.

Al objeto de conjugar este carácter asegurativo con el carácter fideiusorio de la obligación asumida por el asegurador, se podría decir que el seguro de caución es un contrato de seguro del que surge una obligación de fianza, pero ahora bien, habría que matizar dos aspectos, por un lado determinar que caracteriza al contrato de caución frente al contrato de fianza, entendiéndose que aún cuando se admita que el carácter profesional del fiador no puede desvirtuar la naturaleza de la obligación que a su cargo surge, si es determinante de la naturaleza del contrato por él celebrado, siempre que la intervención de la compañía de seguros suponga la utilización de la técnica y principios asegurativos, y por otro lado y como segundo aspecto a matizar es la determinación de hasta que punto pueden las compañías de seguro desarrollar actividades con finalidad de afianzamiento, habiendo sido tal posibilidad admitida por gran parte de la doctrina.