

El seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía



Ignacio Pérez Calvo
Abogado

I.- Introducción.

La especialidad de esta figura aseguraticia

Haciendo una somera aproximación al seguro de caución en general, lo primero que llama la atención es que esta figura aseguraticia presenta una peculiaridad cuando menos llamativa; nominalmente la caución es un término conocido y no resulta extraña su denominación, pero sin embargo como tipología contractual, esto es, como tipo de contrato de seguro, aparece como una de las más extrañas modalidades aseguraticias. Así, por un lado, el término caución en su acepción más amplia y general resulta comúnmente conocido y sólo hay que acudir a la definición del diccionario de la Real Academia Española para constatar una definición general *-garantía o protección prestada a alguien-* como una específica del mundo jurídico *-garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual-*. En este mismo sentido, y ya dentro del ámbito aseguraticio, la modalidad del seguro de caución tampoco resulta extraña y es normal incluso su referencia

nominal expresa en la propia denominación de las compañías que tienen por objeto ese ámbito.

Sin embargo este conocimiento no se puede predicar de su contenido y en este orden de cosas, resulta más complejo conocer la exacta operativa de este seguro, siendo ya más complejo concretar los efectos que produce o puede producir la ejecución de la garantía respecto del contrato garantizado¹, o descendiendo más a su operativa negocial, determinar, por ejemplo, si frente a la ejecución de esa garantía son oponibles excepciones propias de la relación garantizada, si correlativamente a la ejecución de esa garantía se confiere una acción de reembolso, si la acción de reembolso es o no inmune a excepciones propias de la obligación principal garantizada, etc.

En suma, mientras la figura de la caución es plenamente conocida e incluso la denominación o tipología del 'seguro de caución' también lo es, sin embargo qué es ese seguro, cómo opera exactamente, es algo que parecía reservado a pequeños sectores, a concretos operadores económicos que han tenido un acceso o acercamiento profesional a este tipo de seguro, no siendo en ningún caso un seguro de implantación general en la sociedad civil.

A la hora de buscar las razones que expliquen o justifiquen esa dicotomía, parece razonable imputar esta dificultad a tres factores desencadenantes: en primer lugar a la marcada especialidad de esta modalidad de seguro, en segundo lugar a su, hasta estas fechas, pacífica vigencia, baja siniestralidad y escasa litigiosidad, y, en tercer lugar, a su compleja estructura negocial.

Así en primer término y respecto a aquella especialidad hay que tener en cuenta que el seguro de caución, en términos generales, no es una figura negocial que tenga o haya tenido

¹ En este sentido resulta especialmente sintomático comprobar cómo puede darse el caso de estudios de carácter científico-jurídico que sin embargo desconocen su operativa, sirviendo de ejemplo el artículo publicado bajo el título *El incumplimiento del plazo de entrega de viviendas y la resolución del contrato*, en la Revista del Consejo General de la Abogacía Española (número 73, abril de 2012) en el que se incurre en el error de conceder efectos sobre el contrato principal garantizado a la ejecución de la garantía, con las imposibles e inexplicables consecuencias que se derivarían de esa errónea premisa y el publicado en esa misma Revista (número 76, noviembre de 2012) como consecuencia de aquél, llamando la atención de esta equivocación, titulado *El seguro de caución en su modalidad de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas*.



una especial repercusión ni trascendencia en la realidad social, no es un seguro de implantación general y no ha trascendido de forma generalizada a la sociedad civil. El seguro de caución ha tenido una incidencia restringida mayoritariamente a un sector muy concreto y específico; a saber, la contratación pública². El seguro

² Señala LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, en su estudio sobre el seguro de caución -de especial relevancia en cuanto a su función, finalidad y naturaleza jurídica, motivo por el que será citado a lo largo de este artículo- que en este ámbito se pueden agrupar en los seguros que garantizan las obligaciones asumidas con la Administración como consecuencia de contratos celebrados con ésta, y los que garantizan obligaciones de carácter tributario, y así a título de ejemplo señala las fianzas provisionales o de licitación, la fianza de ejecución de obra o prestación de servicio, en garantía de retenciones, las realizadas en virtud de concesión administrativa (loterías, juego...) a raíz de subvenciones, o por desempeño de una labor profesional (agencias de viaje, de seguros, concesionarias de gas, ...). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, *El seguro de caución*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Sección Doctrina, pág. web www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Articulo_javier_lopez.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527.



de caución existe principalmente para cubrir el destino de la exigencia de su concertación en la contratación con el Sector Público, naciendo por ello, en la mayoría de los casos, por imposición legal (al venir impuesto por ley o norma de inferior rango su necesaria concurrencia)³. Es decir el seguro de caución tiene un ámbito de aplicación concreto y específico, mayoritaria-

³ Así, a título de ejemplo el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, destina el Título IV a la garantías exigibles en la contratación con el sector público, y más concretamente, el Capítulo I se refiere a las garantías a prestar en los contratos celebrados con la Administración Pública, especificando el art. 96.1 c) expresamente el seguro de caución como garantía admitida, regulando el régimen y contenido del seguro el art. 97. Por su parte, incluso en su modalidad 'privada', es decir, suscrito entre particulares, también en ocasiones viene impuesto por ley, y así la Ley 57/68 de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, establece en su artículo primero la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas para la adquisición de viviendas "mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario".

mente la contratación pública, lo que si bien no quiere decir que su concertación sea escasa –ya que dentro de esa relación con la Administración el ámbito de aplicación es vasto– de por sí limita considerablemente este seguro a ese tipo de contratación, y por ello su conocimiento, esto es el saber, el conocer cómo funciona u opera este tipo de seguro, queda más circunscrito a personas y entidades con relaciones o vinculaciones comerciales con la Administración Pública, en suma, con operadores económicos que habitualmente tratan con la Administración.

En segundo lugar, esta especialidad, unido a la situación de bonanza económica que se ha podido disfrutar hasta hace fechas no tan lejanas, ha tenido por consecuencia, como ya tuvimos ocasión de resaltar, una siniestralidad porcentualmente baja, ya que los operadores económicos que contrataban con la Administración, además de tener que cumplir a priori unos criterios cualificados de solvencia⁴, tenían mayor acceso a financiación como consecuencia de esos mismos contratos, un interés especialmente cualificado en orden a mantener y en su caso prorrogar los mismos y, en suma, un especial cuidado en no incumplir para mantener esa relación contractual con un Organismo Público⁵, lo que conllevaba un bajo índice de incumplimiento. Por ello, tratándose el seguro de caución de un seguro que garantiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas, esta falta de incumplimiento se traducía en una baja siniestralidad y con ello en escasa doctrina jurisprudencial, consistiendo la concertación del seguro de caución prácticamente en un mero requisito formal que se solía agotar con la suscripción de la póliza y la entrega a la Administración asegurada del correspondiente aval o certificado individual.

En tercer lugar tampoco ayuda su compleja estructura negocial a facilitar su comprensión. El seguro de caución, como todo instrumento que opera en el tráfico mercantil responde a una necesidad comercial, desempeñando una función económica-social concreta; a saber, asegura el contenido obligacional del deudor en aquellas relaciones jurídicas que precisan garantizar el crédito del acreedor de una forma

⁴ Tanto es así que la referida Ley de Contratos del Sector Público destina todo un Capítulo, el II a la capacidad y solvencia del empresario, una Sección, la 1ª, a la aptitud para contratar, y subsecciones concretas y específicas, la 4ª y la 5ª, para regular los criterios de solvencia, con la consiguiente clasificación de empresas.

⁵ Dejando al margen la situación tan excepcional como en la que nos encontramos, un contrato con la Administración era una garantía que cualquier empresario querría mantener.

cualificada. Es lo que, de forma muy gráfica, se ha calificado como “el reforzamiento del contenido obligacional”⁶ lo que no es otra cosa que cuando un posible o futuro acreedor considera insuficiente la solvencia de su posible deudor, o simplemente quiere que opere el automatismo de este seguro en el supuesto de incumplimiento, le exige una garantía especial que asegure su cumplimiento o que, en caso de incumplimiento, indemnice los perjuicios ocasionados por éste. Ésta es la finalidad del seguro de caución, garantizarle al acreedor de la obligación el cumplimiento de su deudor, y en caso de que éste incurra en incumplimiento de sus obligaciones, el seguro indemnice los perjuicios originados como consecuencia de dicho incumplimiento.

Por ello el seguro de caución presenta una compleja estructura comercial que se refleja en su propia definición dada por el art. 68 de Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro⁷, precepto según el cual 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. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

Esta definición delimita de forma bastante precisa⁸ tanto la estructura como la propia operativa de este tipo de contrato de seguro en el que como punto de inicio se puede partir de la idea de que se trata de un seguro en el que intervienen tres partes contratantes (asegurador-tomador-asegurado)⁹ siendo que el asegurador asume, como riesgo asegurado, el incumplimiento legal o contractual del tomador

del seguro¹⁰ de las obligaciones que haya asumido con el asegurado, de forma que en caso de incumplimiento de éste¹¹, estará obligado a resarcir los perjuicios que ese incumplimiento haya ocasionado al asegurado¹², perjuicios previamente determinados en el propio contrato de seguro¹³, y ello sin perjuicio de la posterior acción de reembolso que se le confiere al asegurador frente al asegurado, en virtud del pago de esa indemnización.

De esta forma, el seguro de caución no es solo un seguro que se formaliza al amparo del art. 7 de la LCS en el que tomador y asegurado son distintas personas con deberes y obligaciones diferenciadas. La especialidad que, además, presenta este seguro de caución es que se tratándose de un único negocio jurídico, sin embargo contiene tres relaciones jurídicas que se sustentan en tres títulos distintos; la relación del asegurador con el tomador –formalizada en la propia póliza de seguro–, la del tomador con el asegurado –formalizada en el contrato principal garantizado, pero incorporada o integrada como presupuesto del negocio de caución– y la del asegurado con el asegurador –sustentada en el certificado individual emitido en base a la póliza¹⁴.

Por ello, el seguro de caución presenta una complejidad jurídica añadida; a saber: tres partes contratantes, relación trilateral, con distintas relaciones jurídicas bilaterales que si bien son independientes entre sí de alguna manera están interrelacionadas.

¹⁰ En los términos generales propios de una definición, se puede mantener que en este tipo de seguros el riesgo asegurado es el incumplimiento por parte del tomador de las obligaciones contractuales asumidas por éste frente al asegurado o beneficiario, y ello sin perjuicio de la necesaria individualización del riesgo en la propia póliza a que se refiere el art. 8 LCS.

¹¹ Determinación de lo que constituye incumplimiento que, como veremos, constituye uno de los extremos esenciales que se tratan en este artículo.

¹² Lo que constituye la causa de este contrato como de cualquier contrato de carácter aleatorio, a saber; la obligación de indemnizar las consecuencias del evento dañoso en caso de que el evento delimitado como riesgo simplemente acontezca o se produzca.

¹³ Operativa perfectamente válida a tenor de lo dispuesto en el art. 28 LCS, con independencia del efecto que luego produzca en orden a la determinación de la prima.

¹⁴ De ahí la importancia de la existencia de varias relaciones con varios títulos y con ello de las distintas acciones que confiere, ya que como señalaba el ilustre SAVIGNY, lo importante de un negocio es la relación de derecho que establece, siendo el derecho subjetivo solo “una faz diversa abstractamente considerada dentro de una relación de derecho”, SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, trad. por J. MESIA y MANUEL POLEY, 2ª edic., Edit. Góngora, Madrid.

⁶ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, ob. cit. pág. 2.

⁷ Único precepto que se refiere al seguro de caución, caso insólito en todo ese cuerpo legislativo, ya que sólo ocurre con el seguro de caución, siendo que en todos los demás casos existe una regulación más extensa, tanto en los seguros contra daños –Título II, Secciones II a X– como en los seguros de vida –Título III, Secciones II a IV–.

⁸ Aunque URÍA califique la definición de un “tanto confusa”, URÍA, R. *Derecho Mercantil*, Edit. Marcial Pons, Madrid 1993, 20ª edición, pág. 732, sin embargo parece suficientemente descriptiva sin perder la nota de generalidad de cualquier fórmula definitoria en la que deben caber distintas modalidades de este seguro de caución.

⁹ Modalidad propia del contrato de seguro por cuenta ajena previsto en el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro en el que tomador y asegurado son distintas personas con deberes y obligaciones diferenciados.

Utilizando de ejemplo el seguro de caución en su modalidad de aseguramiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, en el que el asegurador garantiza las cantidades entregadas por los compradores en el caso de que el promotor incumpla con su obligación de inicio de la construcción, entrega u obtención de licencia de primera ocupación en el plazo convenido, ejemplo especialmente clarificador a estos efectos, es fácil constatar cómo se entremezclan tres relaciones jurídicas.

Así, desde la óptica del comprador de la vivienda, éste mantiene una relación bilateral:

a) con la aseguradora (asegurado-aseguradora) relación por completo independiente de la que tiene con el tomador-promotor (de hecho la acción ejecutiva que le confiere el seguro al comprador la tiene exclusivamente contra la aseguradora y no contra la promotora) y que sin embargo se sustenta en ésta, toda vez que para que haya siniestro es presupuesto necesario el incumplimiento del promotor en su obligación, normalmente, de entrega de la vivienda en plazo u obtención de la Licencia de Primera Ocupación (LPO) en el plazo estipulado.

b) con el promotor (comprador-vendedor). En idéntica medida acontece con esta relación ya que mientras ambos mantienen una relación independiente de la que mantienen con la aseguradora (acciones de resolución contractual o, al contrario, de exigencia de cumplimiento del contrato) sin embargo el resultado afectará a la aseguradora, hasta el extremo de que según lo que se declare en virtud de aquella acción habrá o no siniestro y habrá o no obligación de indemnizar.

Por su parte, desde la óptica del promotor-tomador tampoco varía en exceso el panorama. Como hemos visto, la relación entre éste y el comprador es ajena a la aseguradora. Asimismo, la relación entre tomador y aseguradora también es ajena al comprador-asegurado, (se refiere principalmente a la acción de reembolso de la aseguradora contra la tomadora una vez haya indemnizado a los compradores) aunque sin embargo está relacionada toda vez que el éxito de la acción de reembolso de la aseguradora le abre la vía a la tomadora de repetición contra los compradores si es que su incumplimiento en el plazo de entrega de la vivienda (ya que incumplimiento debe de haber porque si no la aseguradora no habría indemnizado) no tiene entidad suficiente para resolver el contrato de compraventa.

Por último poco varía este entramado de relaciones jurídicas desde la óptica de la aseguradora. La relación de ésta con la tomadora es, según lo dicho, ajena pero a su vez condicionante de la posición del asegurado. En cuanto a su relación con el asegurado es, como también hemos visto, independiente del tomador (así ocurre con la denominada ejecución del certificado individual) aunque también están relacionadas (el incumplimiento es presupuesto de esa ejecución).

Expuesto lo anterior con el ejemplo del seguro de caución de la Ley 57/68 pero válido para cualquier otra modalidad de este tipo de seguro, es fácil entender que toda esta suerte de relaciones jurídicas independientes y a su vez interrelacionadas entre sí, con las acciones que cada una confiere a su titular, 'enreda' esta situación jurídica, situación agravada en sede judicial, donde se abre un amplio abanico a las posibles excepciones a alegar en orden a evitar una condena.

En suma, la especialidad de esta modalidad de seguro, su poca regulación normativa, su escaso desarrollo jurisprudencial y en general el desconocimiento de su operativa, suman los factores desencadenantes para plantear dificultades y problemas en la práctica forense abierta en este nuevo marco de gran litigiosidad, en el que además, como tendremos ocasión de ver en la parte final de este estudio, se introduce a debate una de las cuestiones más controvertidas desde un punto de vista jurídico, como lo es determinar en qué consiste un cumplimiento contractual *stricto sensu* respecto de la obligación en la compraventa de entrega de la vivienda en el plazo pactado, con la incidencia que tiene en la operativa de este seguro, en el que exactamente se asegura el cumplimiento del plazo de entrega, y en especial su repercusión en la acción de reembolso.

A pesar de todo lo expuesto hasta este lugar, es decir, a pesar de esta especialidad y compleja articulación o estructura negocial del seguro de caución, hasta esta situación de crisis, éste venía manteniendo una pacífica vigencia y operatividad respondiendo a la función económica-social para la que estaba destinado, siendo un instrumento perfectamente útil y eficaz para las tres partes contratantes que lo concertaban.

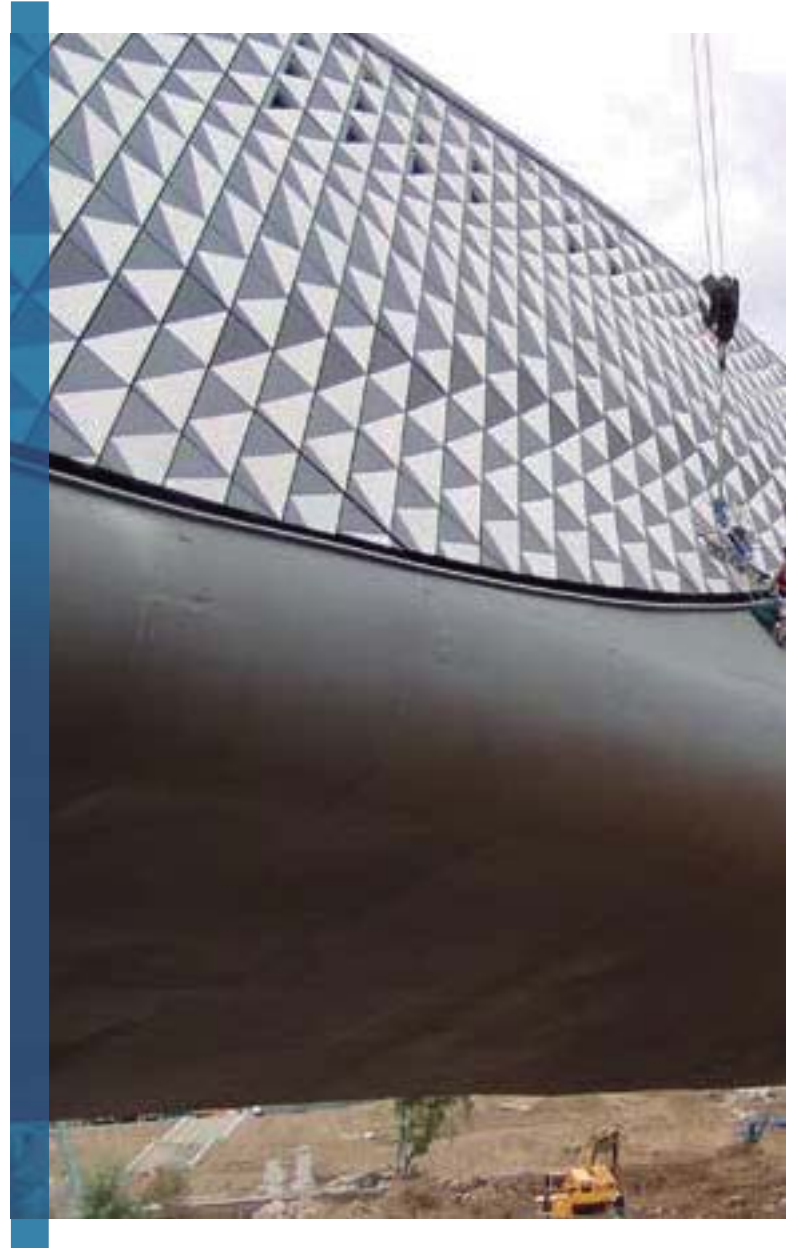
Así, por un lado, para los operadores económicos que contrataban con la Administración la suscripción del seguro no representaba ningún problema, simplemente se trataba de un

requisito formal más, dentro de muchos otros, para poder contratar con la Administración, por lo que se limitaban a concertarlo, como tomadores, firmando una póliza con una compañía aseguradora y pagando la prima correspondiente. De hecho, solo hay que ver el contenido de algún tipo o modalidad de este tipo de seguro¹⁵, para entender que para el tomador era un seguro que se concertaba exclusivamente por imperativo legal o por imposición del beneficiario del seguro, como un condicionante para concluir un contrato.

Para la compañía aseguradora, la situación era igualmente 'cómoda' y la figura comercial resultaba igual de válida. Con este seguro la compañía asumía, principalmente, lo que se ha venido en denominar riesgo de tesorería, esto es ante el requerimiento de pago por parte del beneficiario debe pagar sin poder oponer ninguna cuestión relativa a la obligación principal garantizada, por lo que la aseguradora lo que hace es adelantar el pago ante el solo requerimiento; ahora bien una vez ha pagado tiene frente a su tomador una acción de reembolso precisamente en virtud de ese pago, con lo que el riesgo asumido solo era de tesorería aunque sea consecuencia, claro está, de una posible insolvencia de su tomador.

Para el beneficiario del seguro -normalmente la Administración- especialmente óptima resultaba esta operativa comercial, ya que con él obtenía su propósito; esto es, tener asegurado el cumplimiento o percibir la indemnización en caso de que acaezca el mismo. Para él, esto es, para el beneficiario del seguro, la causa de este negocio jurídico, en su sentido más extenso de propósito, motivación o incluso ánimo de la parte, es el garantizarse el cumplimiento de su deudor -en sentido obligacional- y en su defecto percibir la indemnización consecuencia de ese incumplimiento, lo que en la práctica supone que la aseguradora asuma frente a ese bene-

¹⁵ Por ejemplo y prueba de ello, el texto concreto de un certificado individual de seguro de caución en relación con el juego decía así: "... Asegura a... en concepto de tomador de seguro ante la Hacienda de la Comunidad de Madrid, en adelante asegurado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del juego en la Comunidad de Madrid, el artículo 10 del Decreto 97/1998, de 4 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Explotación e Instalación de Máquinas Recreativas o Recreativas con Premio de Tipo B, y el artículo tercero de la Orden de 28 de septiembre de 2001, del Consejero de Presidencia, por la que se actualizan las cuantías de las fianzas referidas al ejercicio de actividades relacionadas con los juegos de suerte, envite o azar, ante la Hacienda de la Comunidad, hasta la cantidad de... euros".



ficiario una obligación fideusoria¹⁶ de tal forma que si el deudor no cumple, el garante abone la indemnización ya que con independencia de que la obligación principal garantizada sea de contenido pecuniario la indemnización siempre se concreta en términos económicos.

Pues bien, su causa y la propia operativa del seguro conlleva una consecuencia lógica: el beneficiario del seguro busca un mecanismo que

¹⁶ El problema de la naturaleza jurídica del seguro de caución es y ha sido muy controvertida, sirviendo a los efectos de este estudio como premisa suficiente, la naturaleza jurídica de negocio de garantía, sin perjuicio de la existencia de la doctrina jurisprudencial que, aun reconociendo este carácter, hable de que su estructura y causa "le aproximan a las obligaciones fideusorias", SSTS 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438), 12 de marzo de 2003 (RJ 2003/ 2572), 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8134).



funcione con el mayor automatismo posible, es decir, que le permita con la mayor rapidez y agilidad, y por tanto de la forma más inmune posible a excepciones y oposiciones al pago, dirigirse contra el garante. En suma, se busca o se pretende disponer del automatismo que supone el poder reclamarle a alguien con garantías –no su tomador, en ese supuesto incumplidor de sus obligaciones– que le pague ante su solo requerimiento.

II.- La abstracción de la garantía

1.- La abstracción de la garantía a través de los avales a primer requerimiento

El mecanismo que se encuentra en orden a obtener ese automatismo en el funcionamiento de la garantía, es el de los denominados avales

a primer requerimiento, también denominados avales a primera solicitud o primera demanda. Su funcionamiento, en principio, parece sencillo; el beneficiario del seguro recibe de su tomador un certificado de seguro de caución –denominado, atípicamente, aval– en el que el garante se obliga al pago de la cantidad previamente predeterminada como indemnizatoria, por el simple requerimiento o solicitud del beneficiario, sin necesidad de ningún otro requisito que no sea el mero requerimiento de pago, y por ello sin entrar en la procedencia o no de la reclamación, requerimiento ante el cual surge para el garante un deber *cuasi* automático de pago¹⁷. El referido automatismo en el funcionamiento de la garantía satisface plenamente las necesidades del tráfico mercantil, al menos para el beneficiario del seguro, ya que a sus efectos, suple las carencias de la fianza típica o convencional, en cuanto la fianza, como figura típica del Código Civil, confiere al fiador causas de excepción y oposición al pago, cuando aquí lo que se pretende es lo contrario; que la obligación de pago del garante surja de forma automática ante el mero requerimiento, lo que, en suma, confiere al beneficiario de la misma la seguridad de que ante el incumplimiento de su obligado verá satisfecho su crédito de forma inmediata ante la simple operativa de formular un requerimiento de pago.

Sin embargo esta figura contractual de avales a primer requerimiento ha tenido, al menos en sus inicios, una difícil implantación, ya que como tales constituyen una modalidad atípica de garantía, que viene a modificar la fianza ‘romana’ prevista en el Código Civil, a través del principio, ciertamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico del art. 1.255 CC, de la autonomía de la voluntad y, por tanto, sin ninguna regulación ni previsión legal que le dé cobertura¹⁸. Por ello, en un principio, la jurisprudencia se refería a este tipo de garantía como una “figu-

¹⁷ Normalmente se consigna así expresamente en el propio certificado individual, y una fórmula empleada es la de “*la Compañía aseguradora asume el compromiso de indemnizar a la asegurada al primer requerimiento de ésta, y siempre hasta el capital máximo asegurado, sin entrar en la procedencia o no de la reclamación*”.

¹⁸ No solo los avales a primer requerimiento presentan esa atipicidad, sino en general –normativa sectorial aparte como por ejemplo la Ley 57/68– el seguro de caución tampoco tiene normativa reguladora, rigiéndose aparte de por el solitario art. 68 de la LCS por el propio condicionado dispuesto por las partes en las pólizas, pólizas que suelen transcribir el Condicionado previsto en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, RCL 1981/829, donde como Anexo 5 se aprueban las Condiciones Generales para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro.

ra polémica”, con “regulación legal imprecisa”, con “terminología criticada por la doctrina” y con una “configuración práctica dificultosa” por su “estructura personal trilateral” como por “su causa predominantemente de garantía” pero asemejada a las “obligaciones fideusorias”¹⁹.

En todo caso con el paso del tiempo se fue consolidando, y así en la actualidad, está plenamente admitida y reconocida por la jurisprudencia, ya que, como declara la STS 783/2009 de 4 de diciembre RJ 2010/271, en referencia a la figura de los avales a primer requerimiento, “es una modalidad especial de garantía de los derechos de crédito, de naturaleza personal, y atípica, aunque con pleno reconocimiento por la doctrina jurisprudencial con base en el principio de autonomía contractual (art. 1.255 CC)” siendo que incluso jurisprudencialmente se ha buscado fundamento a su validez en normativa internacional como así hizo inicialmente la STS 941/2005 de 9 de diciembre, RJ 2005/10177, seguida luego por otras muchas, al declarar que “Este tipo de garantías ha sido adoptado en las Reglas uniformes sobre garantías a demanda (documento aprobado el 3 de diciembre de 1991), de la International Chamber of Commerce, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y cartas de crédito contingentes, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1995”²⁰.

El reconocimiento pleno de validez de los avales a primer requerimiento, se produce no solo cuando se configuran como negocio de garantía independiente, sino también cuando se ven insertados en un seguro de caución, su-

¹⁹ En estos términos se expresa la STS 1130/2000 de 13 de diciembre, RJ 2000/10438, la cual incluso califica su denominación como “impropiedades del lenguaje”. Como antecedentes jurisprudenciales más remotos, figura la STS de 11 de julio de 1983, RJ 1983/4209, que si bien se refiere al aval en la letra de cambio apunta la diferencia entre el aval tradicional y las garantías independientes y no accesorias, así como la STS de 14 de noviembre de 1989, RJ 1989/7878 que se refiere a lo que denomina ‘carta de garantía’ como contrato de garantía distinto de la fianza, siendo la STS de 2 de octubre de 1990, RJ 1990/7464 la que se refiere expresamente a “aval a primera demanda o primer requerimiento”.

²⁰ Internacionalmente las garantías a primer requerimiento tienen un mayor recorrido, desde las fallidas *Reglas uniformes relativas a garantías contractuales* (URCG 325) hasta las recientes Reglas en vigor desde el primero de julio de 2010 URGC 758 sucesoras de las URDG 458. Las Reglas uniformes a las garantías a primer requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), han contribuido a establecer una regulación precisa –en lo aquí reseñable clara y precisa en cuanto en cuanto a la efectividad e independencia de la garantía– que sirve de pauta a los operadores que actúan, también dentro del ámbito internacional, con este tipo de ‘productos’.

puesto éste en el que, como hemos tenido la ocasión de ver, la garantía que el tomador le confiere a su otra parte contratante, es el aval a primer requerimiento de la aseguradora. Es decir nada impide que una de las tres relaciones jurídicas que comprende el seguro de caución –en concreto la que se refiere a la relación existente entre asegurador y asegurado– se configure a través de un aval a primer requerimiento²¹.

En conclusión, y después del tiempo necesario para el dictado de toda esa doctrina jurisprudencial ahora se puede afirmar sin temor a errar que dentro de esa estructura trilateral con que se configura el seguro de caución, nada obsta a que la relación entre aseguradora y beneficiario del seguro sea regulada por un aval a primer requerimiento.

2.- Falta de accesoriedad de la garantía respecto a la obligación principal garantizada

La posibilidad de articular esta relación jurídica mediante un aval a primer requerimiento en el que el garante viene obligado a realizar el pago cuando el beneficiario se lo reclame, viene a producir una modificación sustancial del aseguramiento previsto en la fianza convencional, al permitir que una garantía, configurada de esta forma a través de un aval a primer requerimiento, pierda la nota característica de la accesoriedad, propia de cualquier fianza respecto de su obligación principal afianzada.

Al configurar el aval a primer requerimiento una garantía independiente de la obligación principal, se está objetivando la garantía hasta el extremo de convertirla en una obligación distinta, autónoma y por ello completamente independiente de la obligación garantizada, ya que la garantía entra en juego solo por el requerimiento del beneficiario, es decir sin necesidad de entrar a valorar qué ha ocurrido con la obligación principal garantizada, y por ello, solo ante este requerimiento, surge el deber de indemnizar.

De esta forma se supera la rigidez de la accesoriedad propia de la fianza tradicional, perdiendo la garantía la absoluta dependencia de

²¹ La posibilidad de inserción de avales a primer requerimiento en contratos de seguro de caución está expresamente admitida en la jurisprudencia sirviendo de exponente entre otras, la STS. St. nº 332/2000 de 30 de marzo RJ 2000/2314, Sentencia que no solo contempla esta posibilidad sino que además individualiza la acción por la que se ejercita dicho aval, aunque esté inserto dentro de la operativa negocial de un seguro de caución.

la obligación principal garantizada, siendo que, de esta forma, “el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza”²².

El propósito de mantener la no accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal garantizada, como operativa y funcionamiento del aval a primer requerimiento dentro de un seguro de caución, era algo tan evidente –con independencia de que jurisprudencialmente se tardase más o menos tiempo en aceptarla– que la ya citada Resolución de la Dirección General de Seguros, datada el 17 de marzo de 1981 (RCL 1981/829) la venía a contemplar, y así el art. 11 de las Condiciones previstas en el Anexo 5 para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contrato de obra o suministro, dentro de la rúbrica de *Siniestro: Determinación de los daños y pago*, disponía que “*Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera al asegurador el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, a causa del incumplimiento del tomador de sus obligaciones de ejecución del contrato de obra o suministro garantizado*” mientras que el siguiente art. 12 preveía que “*El asegurador queda autorizado para efectuar el pago en el plazo que fije el asegurado, sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad, y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado ni si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular*”.

Es decir, la forma en que se viene articulando esta falta de accesoriedad es incluyendo en el texto del aval a primer requerimiento –normalmente articulado y denominado certificado de seguro de Caución– la prevención de que la aseguradora deberá indemnizar al requerimiento del beneficiario sin entrar en la procedencia o no de la reclamación, estando autorizada a realizar el pago sin detenerse a considerar si el requerimiento es o no justificado, esto es debiendo realizar el pago aunque finalmente éste pudiera ser susceptible de acabar siendo considerado de indebido o injustificado.

Lo que viene a refrendar esta falta de accesoriedad y el consiguiente funcionamiento ob-

jetivo de la garantía, es la intención de los contratantes, como medio de establecer un instrumento que se acomode a sus necesidades propias del tráfico comercial, de que la obligación de pago establecida por la garantía surja sólo con el requerimiento de pago, sin necesidad de ningún otro requisito, esto es, que la garantía surta efectos automáticamente ante su ejecución, operando el sencillo silogismo; requerimiento de pago-deber automático de pago.

Esta falta de accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal garantizada no solo está admitida sino también está expresamente consagrada jurisprudencialmente y así es un pronunciamiento admitido pacíficamente aquel según el cual “*la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza*” ya que como señala esta misma doctrina jurisprudencial en relación a estos avales a primer requerimiento se trata de nuevas figuras que tienden a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, llegándose a declarar con cita jurisprudencial que “*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 compleja a la que venimos haciendo mérito*”²³, lo que a efectos prácticos tiene la trascendente consecuencia de que impide la posibilidad de que a la ejecución de esa garantía se oponga ninguna excepción relativa a la obligación principal garantizada, lo que precisamente constituye la finalidad o propósito de los contratantes con este tipo de seguro; a saber: el automatismo en el funcionamiento de la garantía.

3.- Matización jurisprudencial a la falta de accesoriedad

Ahora bien, esta objetivación de la garantía en el sentido de su independencia y por tanto no accesoriedad de la obligación garantizada, no puede pretenderse en términos absolutos, y ello como veremos a continuación no solo por no ser conciliable con nuestras normas jurídicas, sino principalmente por cuanto ello podría conducir a patentes injusticias, como por ejemplo que el garante se viese obligado a indemnizar como consecuencia de un incumplimiento contractual de su tomador a pesar del efectivo

²² Así se especificaba jurisprudencialmente la independencia y no accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal, desde los primeros análisis a esta nueva figura, STS, St. nº 919/1992 de 27 de octubre, RJ 1992/8584.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860.



cumplimiento por parte de éste de la obligación principal garantizada.

Por este motivo la jurisprudencia ha venido matizando esta objetivación, matización que empezara a apuntarse casi desde un principio del reconocimiento de esta figura, declarándose judicialmente que ante el requerimiento o ejecución de la garantía, se permite al garante “probar que el deudor ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél”²⁴, doctrina asentada plenamente y que queda expuesta de forma clarificadora en el sentido declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, según la cual “*el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro orde-*

namiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad (arts. 7 y 1.255 del Código Civil [LEG 1.889, 27] [CC]), no puede desvincularse en cualquier circunstancia de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza (art. 1.827 CC), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto (según declara expresamente la STS de 27 de septiembre de 2005, recurso 80/1999 [RJ 2005, 6860]) y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1.258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la ‘exceptio doli’ [excepción de dolo], que constituye una limitación que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría en la que ni siquiera parece que pueda incluirse el aval a primer requerimiento,

²⁴ Así se declara expresamente por la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860, siendo un pronunciamiento reiterado prácticamente en idénticos términos por la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 1039/2003 de 12 de noviembre, RJ 2003/8408, “*si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consiguiente liberación del avalista*”, la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 531/2003 de 31 de



a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del art. 1.277 CC²⁵.

Por ello, se puede extraer la idea de que por mucha objetivación que por los contratantes se pretenda dar al aval a primer requerimiento, aun dentro del ejercicio de su autonomía privada, este aval no puede entrar en juego, ni operar la garantía, en caso de cumplimiento de la obligación principal garantizada. Y ello, en primer

mayo, RJ 2003/5217, "si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consecuente liberación del avalista", y la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271 que expone esta doctrina de la siguiente forma: "La doctrina jurisprudencial para evitar una ejecución de la garantía abusiva o fraudulenta ha admitido la posibilidad de paralizar la reclamación del beneficiario mediante la alegación por el garante de la 'exceptio doli' (S. 1 de octubre de 2007). El avalista puede oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, pues la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye el objeto de la garantía, así como las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento injusto".

²⁵ STS 979/2007, 1 de octubre RJ 2007/8087.

término, porque hacerlo así vulneraría toda la normativa sustantiva general aplicable a esta figura²⁶, ya que en ningún caso un garante estará obligado más allá de la obligación principal que garantiza. Además, también vulneraría principios tan básicos y esenciales como el de la buena fe, la prohibición del abuso de derecho o la proscripción del enriquecimiento injusto, siendo claro que permitir ejecutar la garantía por incumplimiento del obligado principal cuando está probado su cumplimiento, sería contrario a todos aquellos principios.

Por todo ello si bien con el requerimiento de pago por parte del beneficiario del seguro se produce un deber *cuasi* automático de pago, esto no significa que se deba pagar sin poder oponer nada a ese requerimiento. Ante este requerimiento surge o se produce una presunción de incumplimiento del obligado principal, operando, de esta forma, una inversión de la carga de la prueba; esto es, si hay requerimiento se presume que hay incumplimiento y con ello debe entrar en juego la garantía, sin perjuicio de que si realmente no existió incumplimiento se pueda oponer el cumplimiento frente a la ejecución de la garantía. Por ello la más reciente doctrina jurisprudencial viene a establecer que "la carga de la prueba de la inexistencia o del cumplimiento de la obligación garantizada incumbe el garante, sin que pueda exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal"²⁷.

Es decir, el aval a primer requerimiento da nacimiento a una obligación de garantía independiente o no accesoria de la obligación principal, en el sentido de que no es necesario que se demuestre el incumplimiento para la efecti-

²⁶ El carácter atípico de esta figura no excluye totalmente que le sean aplicables las normas o preceptos de la fianza, y si bien es cierto que como ya declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992, RJ 1992/3031, el seguro de caución "se rige específicamente por los preceptos de la misma [en referencia a la Ley de Contrato de Seguro] y por las condiciones generales y particulares de la póliza, y no por la normativa del contrato de fianza del Código Civil", sin embargo nada obsta a que le sean aplicables los principios de la fianza en tanto en cuanto no sean contrarios a su naturaleza, como así declara la Sentencia del Tribunal Supremo, St. 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860, según la cual "no puede desconocerse la aplicación a esta figura jurídica de las normas propias de la fianza en cuanto se acomoden a su especial naturaleza" y partiendo de ello es evidente que el art. 1.822 y 1.827 del CC no permitirían la obligación de pago del garante sin un previo incumplimiento por parte del obligado principal.

²⁷ Así lo declara la STS, St. nº 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271, con cita de las siguientes (SS. 12 de julio de 2001, 12 de diciembre de 2003, 27 de septiembre de 2005, 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/ 8087)).



vidad de la garantía. Dada esta independencia o falta de accesoriedad será suficiente la reclamación del beneficiario para hacer efectivo el cumplimiento de ésta, ya que solo con dicha reclamación se presupone que el incumplimiento se ha producido, pero ello, como no puede ser de otra forma, sin perjuicio de poder probar lo contrario, ya que como así se refrenda judicialmente, el avalista puede oponer²⁸ como causa de excepción al pago, “las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento injusto (SS., entre otras, 12 de julio de 2001 (RJ 2001, 5.159), 29 de abril de 2002, 27 de septiembre de 2005 y 1 de octubre de 2007)”²⁹, con lo que ante la ejecución de la garantía siempre se podrá oponer –eso sí, dando cumplida prueba o acreditación del mismo– el cumplimiento de la obligación garantizada.

Esta solución mitigadora de los inadmisibles efectos de la falta de accesoriedad, armoniza perfectamente los intereses en juego de las partes contratantes con nuestro Ordenamiento,

²⁸ Además de la genérica causa de oposición consistente en “las derivadas de la propia garantía”.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, St. 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271.

siendo que con esta inversión de la carga de la prueba, no se pueden dar situaciones de enriquecimiento injusto y, al mismo tiempo, para el beneficiario del seguro se sigue cumpliendo con su expectativa de tener asegurado el cumplimiento o la percepción de forma directa y sencilla de la indemnización en caso de que concurra éste, respondiendo de esta forma el negocio jurídico del seguro de caución a la función económica para la que venía destinado, sin por ello tener que pervertir la esencia básica de cualquier negocio de garantía o de fianza.

4.- La acción de reembolso del asegurador

Dentro de la operativa de esta modalidad aseguraticia y como nota más característica y singular de este seguro, se encuentra el hecho de que el asegurador tiene una acción de reembolso contra el tomador del seguro, acción que, como vimos, tiene conferida por Ley³⁰ en virtud del pago realizado por éste de la indemnización prevista en el contrato, siendo por ello dicho pago de la indemnización el único presupuesto o requisito para el ejercicio por el asegurador de esa acción de reembolso.

³⁰ Recordemos que así lo dispone expresamente el art 68 LCS en su último inciso “Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

La existencia de esta acción de reembolso afecta a la propia esencia de este tipo de seguro, y origina que la aseguradora asuma lo que se ha venido en denominar riesgo de tesorería, esto es ante el requerimiento de pago por parte del beneficiario debe pagar sin poder oponer ninguna cuestión relativa a la obligación principal garantizada –como hemos visto solo puede oponer además de las excepciones propias de la garantía el cumplimiento de la obligación garantizada– por lo que la aseguradora lo que hace es adelantar el pago ante el solo requerimiento; ahora bien, una vez ha pagado, tiene frente a su tomador una acción de reembolso precisamente en virtud de ese pago, con lo que el riesgo asumido se convierte en el denominado riesgo de tesorería, aunque sea consecuencia, de una posible insolvencia de su tomador.

El ejercicio por parte de la aseguradora de dicha acción de reembolso contra su tomador solo exige que previamente se haya producido a favor del beneficiario del seguro el pago que se pretende reembolsar, y ello, claro está a la luz de la naturaleza de los avales a primer requerimiento, sin que dicho pago deba cumplir ningún requisito previo –por supuesto sin necesidad de cubrir los requisitos propios de la subsidiariedad de la fianza simple o normal, ni tan siquiera de la renuncia de los beneficios de orden, división y exclusión previstos para el fiador en la fianza tradicional según disponen los artículos 1.831 y ss. del Código Civil– acción de reembolso que se ostenta aunque el pago realizado por la aseguradora pudiese llegar a ser calificado de indebido o injustificado, como de hecho así suelen prever las propias pólizas siguiendo el modelo de Condicionado previsto en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, RCL 1981/829, donde como Anexo 5 se aprueban las Condiciones Generales para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro.

Una vez reembolsado el pago por parte del tomador del seguro a la aseguradora será este tomador quien tendrá acción directa contra el beneficiario del seguro, que es a su vez su parte contratante en la obligación principal garantizada, motivo por el que será en esa sede y entre ellos donde se podrá discutir entre los propios contratantes principales si realmente existió o no incumplimiento en ese contrato.

De esta forma se cierra el círculo de esa relación jurídica trilateral; la ejecución de la garantía hace que ésta opere, como así estaba previsto, automáticamente, esto es, ante el simple requere-

rimiento del beneficiario se paga por parte de la aseguradora para después obtener el reembolso de lo pagado del tomador, habiendo obtenido el beneficiario la seguridad que buscaba en la contratación –si bien su obligado principal no le ha cumplido sí se ha visto resarcido inmediatamente de los perjuicios que le ha ocasionado ese incumplimiento– y teniendo el tomador la posibilidad de, una vez ha reembolsado el pago al asegurador, discutir con el beneficiario –que es con quien formalizó la contratación principal garantizada por el seguro y cuyo cumplimiento es controvertido– si realmente existió o no incumplimiento por su parte.

lii.- Operativa y funcionamiento negocial

1.- El incumplimiento contractual como presupuesto y elemento generador de la ejecución de la garantía

Como hemos tenido ocasión de ver hasta este lugar, toda la operativa del seguro de caución gira o pivota en torno al concepto de cumplimiento o incumplimiento contractual, ya que es ante un incumplimiento del obligado principal, cuando el beneficiario del seguro ejecuta la garantía requiriendo de pago a la aseguradora, aseguradora para la cual, como garante y ante ese requerimiento, surge un deber *cuasi* automático de pago, al producirse con el mismo y solo por el mismo requerimiento, una presunción de incumplimiento del obligado principal. Producida esa presunción de incumplimiento contractual y con ello invertida la carga de la prueba respecto al cumplimiento de la obligación principal garantizada, el garante puede, o bien probar el cumplimiento y con ello oponer éste frente a la ejecución de la garantía, o bien pagar directamente. Si realiza el pago, ya sea porque no ha podido oponer el cumplimiento del obligado principal, o porque ha atendido el pago ante el simple requerimiento sin entrar a analizar si su tomador ha incumplido o no sus obligaciones, y, una vez realizado el mismo, tendrá acción de reembolso contra aquél, acción que tendrá sólo por la realización de dicho pago.

Una vez reembolsado el pago por parte del tomador del seguro a la aseguradora será este tomador quien tendrá acción directa contra el beneficiario del seguro, que es a su vez su parte contratante en la obligación principal garantizada, motivo por el que será en esa sede, y entre ellos, que son las partes contratantes del contrato principal, donde se podrá discutir si realmente existió o no incumplimiento contractual.

De toda esta operativa se desprende cómo es el incumplimiento contractual el presupuesto y el elemento generador de la ejecución de la garantía que, para el beneficiario del seguro, confiere el seguro de caución. Pues bien, siendo por tanto esencial el incumplimiento contractual y, a la hora de concretar su concepto, toda vez que nuestro Código Civil no lo define pero sí refiere los requisitos o presupuestos objetivos que deben concurrir para entender por acaecido el cumplimiento –como fácilmente se puede colegir de los arts. 1.157 y ss. CC– se puede señalar que éste, analizado desde su triple vertiente extintiva, satisfactiva y liberatoria, es el comportamiento del deudor que se ajusta al proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria y con el que se produce la liberación del mismo y la satisfacción del acreedor. Con ello se puede entender que concurriendo el triple requisito de identidad, integridad e indivisibilidad, se produce una adecuación entre lo debido y lo realizado y por ello que ha acaecido un cumplimiento voluntario, normal o específico, en suma un cumplimiento *stricto sensu*³¹.

Partiendo de esta definición es fácil entender la dificultad que surge a la hora de conjugar ese concepto jurídico –adecuación entre lo debido y lo realizado– tan subjetivo, indeterminado y de difícil concreción, con el de automatismo de la garantía automatismo que precisamente necesita conceptos claros y de fácil determinación. De hecho se puede constatar cómo el propio concepto de cumplimiento admite diversas variantes como parcial, defectuoso, moroso etc., supuestos todos ellos difícilmente conciliables con el automatismo en el funcionamiento de la garantía, automatismo sustentando, precisamente, en un incumplimiento.

En este punto debemos recordar que el automatismo que pretende el seguro de caución constituye una respuesta a la necesidad del tráfico comercial, y por ello es una pretensión convencionalmente dispuesta y pretendida tanto por su beneficiario, que pretende disponer de un recurso rápido y eficaz que frente a un incumplimiento contractual, como por la aseguradora, que si tiene que atender un siniestro y pagar una indemnización también pretende contar con un mecanismo rápido y eficaz –su acción de reembolso– que le permita recuperar lo que ha pagado.

³¹ Un estudio completo y pormenorizado del cumplimiento e incumplimiento contractual en *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2012, obra colectiva dirigida por X. O'CALLAGHAN.

Ahora bien este automatismo en el funcionamiento de la garantía no significa que se pretenda establecer un negocio jurídico abstracto de forma que pueda funcionar independientemente de la obligación principal garantizada y en concreto y en lo que aquí importa que funcione de forma independiente de su cumplimiento o no, y ello por la sencilla razón de que este tipo de negocio jurídico calificado de abstracto no tiene cabida en nuestro Ordenamiento en el que “el artículo 1.277 del Código Civil no admite el negocio abstracto, en el sentido de desligado o independizado de su causa, pero sanciona, para las declaraciones negociales en las que la misma no se exprese, la llamada regla de la abstracción procesal, conforme a la que se presume iuris tantum su existencia y licitud...”. (STS 404/2008 de 22 de mayo, RJ 2008/3161)³² y de ahí la insistencia de toda la doctrina jurisprudencial en señalar que por mucho automatismo que se pretenda con este tipo de seguro, el asegurador siempre podrá oponer a la ejecución de la garantía el cumplimiento de la obligación garantizada³³ so pena, en caso contrario, de desnaturalizar el propio negocio, permitir ejecuciones de garantías de forma abusiva o fraudulenta así como de generar un enriquecimiento injusto.

Por ello, el único medio para obtener ese automatismo en el funcionamiento de la garantía, es a través de la objetivación, en la medida que sea posible, del concepto, reiteramos susceptible de tantas ópticas e interpretaciones, como el de incumplimiento contractual.

Sin embargo, la cuestión de objetivar qué es, a efectos del seguro, el cumplimiento o no de las obligaciones que han sido objeto de aseguramiento, no es tan sencilla; parece clara cuando, por ejemplo, se trata del pago de una cantidad de dinero (v. gr. el seguro de caución respecto del pago de una tasa) en el que no parece difícil discernir a primera vista si el tomador ha cumplido con su obligación y por tanto si el beneficiario tiene derecho a ejecutar o no la garantía; al igual que tampoco parece problemático que la aseguradora –si el beneficiario re-

³² Señala FEDERICO DE CASTRO tratando el supuesto de negocios con causa plural al tratar el pago de deuda ajena, y en cierta forma equiparable a estos efectos al supuesto que aquí nos ocupa, que en ese caso de relaciones de vida independiente no puede hablarse de abstracción, ya que en ese caso, cada una de esas relaciones funciona “conforme a su propia causa”, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Edit Civitas Madrid 1985, reimpresión 1997, pag. 292.

³³ Como ya vimos al tratar la matización jurisprudencial a la abstracción de la garantía que así se declaraba de forma pacífica reiterada y unánime por la doctrina jurisprudencial.

quirió el pago aunque sea por error- pueda, en ese caso, oponer y probar, frente a dicha ejecución, el cumplimiento de su tomador.

Ahora bien, es fácil de entender cómo la cuestión se complica hasta límites insospechados cuando la obligación principal garantizada consiste en una obligación de hacer, como, por ejemplo, cuando se asegura la correcta ejecución de una obra por una empresa contratista ante la Administración Pública, Administración que es la que suele requerir por Ley este tipo de garantías. En esos casos normalmente lo que se asegura de una forma genérica, y lo que así figura en los avales o certificados individuales, es el cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales según legislación administrativa³⁴, objeto de aseguramiento que así descrito deja más que abierta la posibilidad de discutir si ha existido o no incumplimiento, siendo la correcta o incorrecta ejecución de un contrato de obra uno de los temas más controvertidos como así habrá tenido ocasión de constatar cualquier persona que haya realizado y llevado a cabo una obra, lo que hace entender no solo la dificultad que presupone en la operativa de este seguro, sino la prácticamente inevitable terminación en un proceso judicial, lo que precisamente trata de evitar este tipo de seguro mediante el funcionamiento de las garantías que establece.

Por ello, en estos casos, y como único remedio posible, deberán ser las propias partes contratantes las que deberán establecer y fijar apriorísticamente en el propio contrato y al momento de suscribir éste, cuándo debe entenderse producido el incumplimiento. Será ésta la única forma de que, al objetivar el concepto de incumplimiento respecto de la obligación principal garantizada, la garantía opere con el automatismo que estaba previsto, lo que también facilitará que la aseguradora conozca exactamente cuál es el riesgo asumido y con ello la debida correlación de la prima.

Y, así, continuando con ese mismo ejemplo, parece claro cómo facilitará toda esa operativa el que las partes pacten, por ejemplo, la previsión de que una certificación de la dirección fa-

cultativa de la obra certificando la existencia de errores o defectos de ejecución será suficiente para entender por producido el incumplimiento, lo que a efectos del seguro supondrá que tan solo con esa certificación la aseguradora deberá atender el requerimiento de pago del beneficiario, o la posibilidad de oponerse frente a una ejecución si no existe tal certificación³⁵.

No parece necesario destacar la diferencia de escenario que se plantea si se conoce por anticipado qué requisitos o circunstancias son necesarios para entender por producido el incumplimiento y por ello acaecido el siniestro, y así poder determinar a priori si es procedente o no ejecutar la garantía o si, ejecutada ésta, la aseguradora podrá oponerse o no a esa ejecución, frente al supuesto de que sí exista aquella prevención en el contrato, es decir de que se contemplase en el mismo qué supuesto de hecho concreto debe considerarse incumplimiento, pudiéndose por tanto concluir con la idea de que la correcta operativa de esta modalidad asegurativa, su propia finalidad y función económica-comercial, exige objetivar a priori los supuestos concretos de hecho para entender, a efectos de la efectividad de la garantía, por producido el incumplimiento contractual, objetivación del concepto de incumplimiento que además redundará en beneficio de todos los suscriptores del seguro³⁶.

³⁴ Una redacción típica en este tipo de garantías es la del aseguramiento "en los términos y condiciones establecidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, normativa de desarrollo y pliego de cláusulas administrativas particulares por la que se rige el contrato, en concepto de garantía definitiva para responder de las obligaciones y penalidades y demás gastos que se puedan derivar conforme a las normas y demás condiciones administrativas precisadas frente al asegurado".

³⁵ Esta objetivación del concepto de incumplimiento como fórmula de predeterminar los elementos esenciales del negocio, es tan esencial que en los casos especiales en los que las partes no pueden realizarla porque se trata de supuestos de seguros normados e impuestos por la Ley, por ejemplo los de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas de la Ley 57/1968, ha sido la propia jurisprudencia la que así se ha visto obligada a hacerlo, sirviendo de ejemplo toda la doctrina jurisprudencial que busca la forma de concretar el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo convenido, atendiendo a conceptos objetivos y fáciles de determinar, como por ejemplo la obtención de la Licencia de Primera Ocupación, la expedición de certificado por funcionario del Organismo Público, etc. Véase por todas por el resumen que hace, la Resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, Auto 293/2012 de 27 de noviembre, JUR 2013/8753, el cual, si bien refiere la flexibilidad del documento para ser título sí exige que lo acredite con verosimilitud suficiente, para lo cual recurre a criterios plenamente objetivos.

³⁶ No solo para el beneficiario que por supuesto quiere y busca ese automatismo en la garantía, sino también para la aseguradora que puede evaluar correctamente el riesgo que asume y así evitar desagradables sorpresas con muy importantes consecuencias económicas como por ejemplo la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 13 de septiembre de 2013, Sentencia que en síntesis viene a declarar la concurrencia de los requisitos previstos legalmente para proceder a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los cooperativistas asegurados, Sentencia que llega a esa conclusión tras una interpretación, completamente

2.- Inmunidad de la acción de reembolso frente a las excepciones del tomador

La última fase o estadio en la operativa del seguro de caución, es la acción de reembolso concedida a la aseguradora una vez ésta haya realizado el pago a favor del beneficiario tras el requerimiento o ejecución de la garantía, pago que pudo realizar la aseguradora bien automáticamente ante el mero requerimiento, o bien tras intentar oponer el cumplimiento del contrato por su tomador y obligado principal.

Como ya vimos, la acción de reembolso la ostenta la aseguradora solo por el hecho de haber realizado el pago, por lo que cabe ahora analizar qué actitud puede adoptar el tomador del seguro frente a dicha acción de reembolso, es decir, una vez se dirige la acción contra él por su aseguradora.

En primer lugar y respecto a las hipotéticas causas de oposición que pudiera formular el tomador referidas a la obligación principal garantizada, parece claro que por la propia naturaleza y en general por toda la operativa de este tipo de seguro, la acción de reembolso que en virtud del pago realizado ostenta la aseguradora, es y debe ser inmune a las excepciones del tomador referidas a la obligación principal garantizada, causas de oposición inoponibles a dicha acción de reembolso.

Ello es tan solo la consecuencia de la, como ya vimos, no accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal que garantiza; si la obligación que nace del seguro es distinta, autónoma e independiente de la obligación principal garantizada y si por ello ni siquiera se puede oponer por la aseguradora nada referente a esa obligación principal frente a la ejecución de la garantía, ya sea solo en un orden de cosas práctico a un equilibrio de los intereses en juego, nada se podrá oponer a dicha acción de reembolso que se refiera a la obligación principal, ya que la acción de reembolso concedida al asegurador al menos debe encontrarse en las mismas condiciones que la acción ejercitada por el beneficiario contra él; es decir, el asegurador ante la acción que él 'sufrió' y originó su pago nada pudo oponer al beneficiario del seguro en relación a la obligación principal garantizada, por lo que el tomador tampoco podrá oponer a la acción del asegurador nada relativo a la obligación principal garantizada, funcionando para esta acción de reembolso el mismo automatismo que funcionó con la acción del beneficiario, por lo que ejercitada la acción de reembolso, el tomador deberá directamente pagar, y ello sin



perjuicio de la acción que después a ese mismo tomador, le pueda corresponder contra el beneficiario del seguro en caso de que el pago que realizó la aseguradora fuese indebido o injustificado.

En suma, esta inoponibilidad frente a la acción de reembolso de cualquier excepción propia de la relación principal garantizada es consecuencia de la no accesoriedad de la garantía en este tipo de seguro, falta de accesoriedad que es precisamente la que se trata de articular mediante los avales a primer requerimiento.

Ejemplo esclarecedor de la inmunidad de excepciones relativas a la obligación principal garantiza frente a esa acción de reembolso, es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2005, St. nº 199/2005, RJ 2005/3331 supuesto en el que, en relación a una acción de reembolso ejercitada por un asegurador contra su tomador en virtud del pago que realizó a favor de una Administración Pú-



blica por una Tasa que finalmente fue declarada inconstitucional, se resuelve por el Tribunal que procedía la acción de reembolso y que el tomador debía reembolsar sin perjuicio de que después se dirigiese a esa Administración a reclamarle la devolución de ese pago indebido hecho por la aseguradora, lo que es una consecuencia lógica de este tipo de garantías, ya que en ese caso, como allí se resuelve, la cuestión de si la tasa es o no constitucional y por ello de si la Administración tiene o no derecho a cobrarla, será una cuestión a dilucidar entre aquellas dos partes, tomador –como sujeto pasivo– y Administración –como Órgano recaudador– pero por completo ajena a la aseguradora quien a estos efectos se limitó a pagar como un avalista ante el mero requerimiento de la administración, sin poder discutir si su tomador debía o no pagar esa tasa o si la misma era constitucional o no.

Por ese motivo, es decir porque la aseguradora nada pudo oponer a la Administración en relación a la obligación principal garantizada

–en este caso la obligación de pago de la tasa y su carácter constitucional o no– es por el que no se le podrá oponer a ella por el tomador, la misma causa que ella no pudo oponer al beneficiario, siendo que de esta forma su intervención ha sido la de un simple garante que, ante un requerimiento ha pagado de forma mas o menos automática, teniendo su acción de reembolso de idéntica manera, habiendo asumido como tal garante solamente lo que ya hemos señalado que viene a denominarse como riesgo de tesorería, siendo por tanto indiscutible su derecho de reembolso incluso respecto de un pago que, como luego se pudo constatar con su declaración de inconstitucionalidad, era indebido o mejor dicho fue indebidamente requerido por la Administración.

Cuestión distinta y de mayor complejidad parece ser la de determinar si frente a esa acción de reembolso es oponible por el tomador su propio cumplimiento de la obligación principal garantizada, cumplimiento que como ya vimos al analizar la matización jurisprudencial de la falta de accesoriedad, sí puede oponer la aseguradora frente a la ejecución de la garantía por el beneficiario y que, sin embargo y a pesar de ello, ya podemos anticipar que no podrá oponer el tomador frente a la acción de reembolso de su aseguradora.

Aunque a primera vista pueda parecer que atenta al sentido común condenar a alguien a pagar por un incumplimiento en que de verdad él no ha incurrido –que eso es lo que significa la inoponibilidad del cumplimiento de la obligación garantizada– y aunque resulta comprensible que el tomador se oponga a esa acción de reembolso alegando que él no ha incumplido sus obligaciones y que por tanto la aseguradora no tenía que haber atendido el requerimiento del beneficiario al ejecutar la garantía³⁷, pues bien, a pesar de todo ello, lo cierto es que la ac-

extensiva e integradora conforme a la Ley, de los términos y alcance de la garantía, y ello gracias a la escasa determinación en el contrato de los términos del aseguramiento y la ambigüedad a la hora de describir el riesgo asegurado como “garantía del buen fin de los anticipos”.

³⁷ Es cierto, que resulta cuando menos llamativo ver una condena a cargo de una promotora –tomadora de un seguro de la Ley 57/68– por la acción de reembolso de su aseguradora cuando esa misma Promotora está obteniendo sentencias que declaran que no procede la resolución de las compraventas de esa misma promoción, más aún cuando la aseguradora pudo oponer a la ejecución de su garantía el cumplimiento del Promotor –ciertamente con las dificultades de probar indubitadamente ese cumplimiento– lo que sin embargo, en base a esa operativa del seguro, no puede hacer cambiar esta conclusión de que el reembolso procede en todo caso.

ción de reembolso es y debe ser inmune a la excepción de cumplimiento de la obligación principal garantizada por el tomador del seguro.

Esta inoponibilidad de excepciones incluyendo aquella que se refiera al cumplimiento de la obligación garantizada, responde no solo a razones de equidad o al propio funcionamiento de este tipo de garantía, sino que también obedece a una expresa prevención legal, a una, normalmente prevista, prevención convencional y a la aplicación como fuente de Ley de los Principios Generales del Derecho.

Así, en primer término y respecto a esa prevención legal, hay que tener en cuenta que esta acción de reembolso que ostenta el asegurador en virtud del pago por él realizado, es, por disposición legal ex art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro, una acción de reembolso y no de subrogación³⁸ lo que no es una cuestión meramente nominalista, si no que supone establecer esa inoponibilidad de excepciones propias de la relación principal garantizada, porque la acción de reembolso -también denominada en ocasiones de regreso- “supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación”³⁹. Por ello es obvio que si con el pago realizado por el asegurador se extinguió la primera obligación, difícilmente podrá oponerse frente a dicho reembolso excepciones propias de una relación a esos efectos extinguida, incluido su cumplimiento.

En segundo lugar, esa inmunidad frente a la excepción u oposición del cumplimiento de la obligación, también es, o suele ser en la inmensa mayoría o practica totalidad de los casos, una prevención contractual, ya que las pólizas suelen preverlo expresamente. Así, es una cláusula habitual en este tipo de pólizas, la que prevé en relación a la acción de reembolso, que *el tomador no podrá alegar para negarse al pago a que se obliga, las objeciones formuladas al Asegurado por el Ase-*

³⁸ Se viene declarando jurisprudencialmente que “tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala son coincidentes en afirmar que el art. 68, *in fine*, de la Ley de Contrato de Seguro concede al asegurador una acción de reembolso, no una acción de subrogación en los derechos del asegurado”, Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 1237/2004 de 20 de diciembre RJ 2004/8134, en términos casi idénticos, la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 222/2003 de 12 de marzo RJ 2003/2572.

³⁹ Así se declara, en relación a la acción de reembolso ejercitada por pagos realizados por terceros en virtud del art. 1.158 CC, sirviendo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, St. nº 1098/2007 de 11 de octubre RJ 2007/6489.





gurador⁴⁰, habiéndose reservado asimismo la facultad del asegurador para efectuar el pago ante el requerimiento del asegurado *sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad y sin tener la obligación de considerar si el requerimiento de pago del Asegurado es no justificado*⁴¹, permitiéndosele hacer dicho pago aunque el mismo sea indebido o injustificado, lo que viene a inmunizar aún más a esta acción de reembolso.

Por último y como ya hemos apuntado, los Principios Generales del Derecho también avalan esta inoponibilidad ya que “el fundamento último de todo derecho de reembolso está en la proscripción del enriquecimiento injusto o sin causa, como principio de equidad que es base del Derecho patrimonial”, siendo el derecho de reembolso “una especificación del principio que veda el enriquecimiento sin causa”, principio éste que veda el enriquecimiento injusto que, aun siendo de aplicación subsidiaria, nada obsta a que tenga virtualidad aun en el caso de controversias con origen en una relación contractual⁴². En suma, también la proscripción del denominado enriquecimiento injusto, origina que con el pago realizado por el asegurador se le confiera a éste una acción de reembolso y no una acción de subrogación, ya que se le confiere dicha acción no con una finalidad de resarcimiento –como con la subrogatoria– sino con la de evitar un enriquecimiento injusto, todo lo cual redundando finalmente en esa inmunidad de dicha acción respecto de la oposición del tomador sustentada en el alegato de su cumplimiento de la obligación principal garantizada.

Por todo ello, es decir, por la Ley –art. 68 de la LCS– por el contrato –cláusulas previstas en las pólizas– e incluso por los Principios Generales de Derecho –equidad por proscripción del enriquecimiento injusto– frente a una acción de reembolso ejercitada por el Asegurador en virtud del art. 68 de la LCS, el tomador no podrá oponer ninguna excepción o causa de oposición al pago que no sean las propias contempladas en la garantía estando excluidas como causas de oposición tanto las excepciones propias de la obligación principal garantizada como las relativas a la

⁴⁰ Redacción típica de una cláusula relativa a la acción de reembolso, prevista en similares términos por el condicionado previsto como Anexo 5 de la Resolución de la Dirección General de Seguros, datada el 17 de marzo de 1981 (RCL 1981/829), según el cual se dispone en el art. 13 el reembolso de todo pago hecho por el asegurador, *sin que el tomador pueda alegar, para no hacerlo, las objeciones por él formuladas*.

⁴¹ Facultad también prevista en el condicionado de aquella Resolución de la Dirección General, art. 12

⁴² Todo ello según declara la STS, St. nº411/2010 de 28 de junio, RJ 2010/5417.



inexistencia de cumplimiento. En ningún caso se podrá oponer nada referente a la relación principal garantizada por el tomador frente a una acción de reembolso, tampoco el cumplimiento de la obligación, y ello no solo porque el asegurador haya 'salvado' en la póliza su derecho de reembolso a los supuestos en que el pago que se hiciera al beneficiario fuese indebido o injustificado, sino porque el propio automatismo en el funcionamiento de la garantía así lo aconseja, y ello claro está sin perjuicio de que ese mismo tomador con posterioridad al reembolso, pueda dirigirse contra el asegurado si realmente fuese cierto que el pago que hizo el asegurador a su favor fuese indebido o injustificado.

IV.- Conclusiones

Las conclusiones finales que se pueden extraer de estas líneas se concretan en dos ideas principales:

- 1º.- Que el automatismo en el funcionamiento de la garantía que concede el seguro de caución, aconseja la objetivación y determinación a priori del concepto de incumplimiento contractual en el propio contrato de seguro y en el certificado o aval expedido al amparo del mismo, a los efectos de que funcione como presupuesto del nacimiento de la obligación indemnizatoria y de la posterior acción de reembolso.
- 2º.- Que la acción de reembolso es y debe ser inmune a las excepciones que pueda oponer el tomador, tanto respecto de las excepciones que puedan referirse a la obligación principal garantizada, como a la propia oposición por cumplimiento de la obligación principal, y ello sin perjuicio de la posterior acción del tomador frente al beneficiario una vez producido el reembolso.