
EL CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN

Roberto Vélez Salinas

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.

1. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y EL CONTRATO DE FIANZA

La principal ventaja del seguro de caución frente a la fianza bancaria es que con el primero no se afecta la línea de crédito del asegurado. Por el contrario, al otorgar una fianza bancaria, cualquier empresa del sistema financiero afecta la línea de crédito de su cliente de la misma forma como si le estuviera otorgando un préstamo de dinero, aumentando así su riesgo crediticio y patrimonial al momento de evaluarse su capacidad de pago. Por ello, si además de dicha fianza, el cliente necesitase solicitar al banco un préstamo con el fin de obtener los recursos necesarios para la ejecución de una empresa –sea esta de obras públicas, privadas o del objeto social elegido según su propio estatuto– lo más aconsejable sería que optara por el seguro de caución. Este seguro cumple una función liberadora del crédito en apoyo del empresariado, más aún si es que en el mercado tiene un costo menor a la fianza bancaria. De esta manera mantiene independiente la línea de crédito financiero en caso de que el tomador de la póliza necesitase un préstamo de dinero, lo que le permitirá incrementar su capacidad económica financiera y cumplir con sus compromisos ante una obligación de hacer.

Tomando en cuenta dicha ventaja, resulta importante entonces comprender esta figura para su difusión y mayor aplicación dentro de los ámbitos del comercio y del mercado nacional de seguros. Cabe, pues, definir y referirnos a la naturaleza jurídica de este seguro, a la vez que mencionar la existencia de opiniones contradictorias dentro de la doctrina extranjera. Para algunos, el seguro de caución no es un contrato de seguro propiamente dicho; otros lo identifican con la figura de la fianza y otro grupo lo considera un seguro de crédito y hasta un seguro por cuenta ajena.

En nuestra legislación vigente, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, ley 26702, artículo 318, se otorga a las empresas de seguros, entre otras facultades, la autorización para emitir pólizas de caución vinculadas a prestaciones de hacer o de no hacer. Adicionalmente, y siempre dentro del mismo artículo, se otorga a las empresas de seguros facultades para emitir fianzas, previa ampliación de su autorización de funcionamiento.

La legislación nacional califica y define acertadamente la caución como un contrato de seguro, al denominarla con el término *póliza de caución*; pues, de acuerdo con su definición, la póliza no es otra cosa que el instrumento probatorio del contrato de seguros. De manera que se diferencia también legislativamente de la fianza al limitar su radio de acción únicamente al ámbito de las prestaciones de hacer o de no hacer. No existe, según la Ley del Sistema de Seguros, posibilidad alguna de emitir una póliza de caución vinculada a prestaciones de dar, mientras que la fianza garantiza todo tipo de prestaciones. Adicionalmente, la fianza

requiere, para ser otorgada por parte de las empresas de seguros, una exigencia adicional de índole administrativa, que es la previa autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Asimismo, cabe mencionar que mientras el contrato de fianza no es un contrato principal, pues es accesorio respecto de otro, el seguro de caución es un contrato que goza de autonomía conceptual plena, a pesar de su indudable vinculación jurídica con el contrato materia del seguro. Ello puede apreciarse con mayor claridad cuando a través de un seguro de caución se garantiza el cumplimiento de obligaciones nacidas de fuente legal.

Otra diferencia existente entre ambos contratos radica en que en el contrato de fianza no se requiere del consentimiento del deudor afianzado, ya que este no forma parte de dicho contrato, el mismo que tiene la característica de ser bilateral. El hecho de que no se necesite su consentimiento ni su oposición se refiere a que la relación obligatoria se establece entre el fiador y el acreedor. En el seguro de caución, por el contrario, el supuesto *afianzado* siempre y en todos los casos, en su calidad real de tomador del seguro, deberá asentir y solicitar previamente del asegurador, como supuesto *fiador*, su intervención prestando una supuesta *fianza*.

Entre las definiciones más acertadas en torno al seguro de caución se encuentra la del profesor argentino Julio Bachiller Núñez, para quien:

Es seguro de caución el emitido, a propuesta de un tercero y aceptado por el asegurador, en el que se asume la responsabilidad de ese tercero por su eventual incumplimiento de una obligación de hacer o de dar, en la medida y condiciones de póliza.¹

1 BACHILLER NÚÑEZ, Julio. *Seguro de caución*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 15.

Otra importante descripción la encontramos en Broseta Pont:

El seguro de caución ha sido concebido como aquél que se lleva a cabo para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dineraria los daños que pueda provocar su incumplimiento.²

El seguro de caución es, pues, un contrato trilateral formado por tres sujetos intervinientes. En primer lugar, la empresa de seguros o aseguradora, como única autorizada por ley para la emisión de este tipo de pólizas, es quien asume y a quien se traslada el riesgo o el peligro de cualquier daño que pudiere ocurrir en contra del asegurado. Su negocio consiste en cobrar una prima al tomador del seguro, como contraprestación a dicha cobertura. En segundo lugar, tenemos al tomador del seguro, que es quien solicita o propone el seguro. Puede ser el contratista u otro cliente de la aseguradora (persona natural o jurídica), que requiera de una garantía frente a un acreedor o asegurado, referida siempre al cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer. Es quien paga la prima o costo del seguro, que está sujeta siempre al riesgo que asumirá la empresa de seguros. En tercer lugar, y en calidad de parte acreedora, está el asegurado, quien se encuentra vinculado por un contrato al tomador del seguro. Puede ser un organismo público, mixto o privado. Si bien el asegurado no suscribe expresamente ningún documento frente a la aseguradora, es quien tiene el interés asegurable, puesto que solo él resultaría afectado de ocurrir un incumplimiento por

parte de su deudor, el tomador de la póliza. En forma tácita el asegurado manifiesta su voluntad de aceptar el contrato de seguro de caución, al prestar su conformidad en el momento que recibe la póliza correspondiente.

En lo que respecta a la clasificación de este contrato de seguro, desde un criterio de diferenciación, escribe el profesor argentino Emilio H. Bulló:

Sin embargo, no ha resultado fácil realizar un encuadramiento sistemático del seguro de caución ya que, si bien prácticamente es unánime la doctrina en entender que el seguro de caución se encuentra dentro de los seguros de daños, sin embargo no ha existido tal conformidad en torno de si se trata de un seguro de daños en las cosas o en el patrimonio.

Bulló añade luego:

La doctrina ha entendido mayoritariamente que el seguro de caución se encuentra dentro de los denominados seguros de daños patrimoniales. (...) Este encuadre trae aparejadas consecuencias de orden práctico, ya que siendo un seguro de daños, necesariamente es de indemnización, aunque dentro de estos podrían considerarse de otra clase diferente a la estrictamente pensada como de daños patrimoniales.³

Por ello, una vez que el asegurador cumpla con indemnizar al asegurado, quedará el primero sustituido en todos los derechos y acciones que hasta entonces correspondían al segundo, en virtud de la subrogación legal, que opera conforme lo establecido por el artículo 1260, inciso 2, de nuestro Código Civil.

2 BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Madrid, p. 573.

3 BULLÓ, Emilio H. *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2001, p. 583.

Siguiendo con Bulló, encontramos que afirma que:

... si bien coincidimos en que la naturaleza jurídica del seguro de caución es semejante a la de una garantía, esto no implica que, dado su parecido con la fianza, el seguro de caución no sea un seguro.⁴

En el seguro de caución el interés asegurable es fácilmente perceptible, dada la disposición que tiene el asegurado de ver cumplida su acreencia respecto de una prestación que debe cumplir en su favor el tomador de la póliza. El objeto del contrato del seguro de caución es, en consecuencia, el riesgo asegurable, también conocido como interés asegurable. En consecuencia, el riesgo objeto del presente seguro es el incumplimiento de una obligación de hacer. Al respecto, señala Bachiller Núñez: "El asegurador de caución no es un fiador; es, valga la redundancia, un asegurador de un riesgo. Y como hemos dicho al estudiar el riesgo y al estudiar el interés asegurable el daño o perjuicio se produce por el hecho del incumplimiento del tomador".⁵

2. CONTRATOS DE SEGUROS DE CAUCIÓN EN EL PERÚ

Nuestra legislación, con excepción de los escasos contratos de seguros que se encuentran regulados a través del Código de Comercio, adolece de un cuerpo sustantivo integral que abarque tanto los aspectos generales del derecho de seguros,

como los diversos contratos de seguros vigentes en la actividad comercial moderna. El seguro de caución no escapa a esta realidad y, en consecuencia, carece de una norma que lo regule debidamente, a diferencia de lo que se observa en la legislación comparada y en la doctrina extranjera. Por no hallarse convenientemente regulado le son aplicables supletoriamente y, por acuerdo privado, las normas de la fianza contenidas en el Código Civil, en virtud de la similitud que guarda con esta. Es por esta situación que cierta doctrina y jurisprudencia identifica el seguro de caución como una fianza contratada y contenida dentro un contrato de seguro.

Reafirma lo anterior el hecho de que para la ejecución del seguro de caución se señala, en la propia póliza, que el asegurado deberá reclamar el pago de la indemnización una vez producido el siniestro —el siniestro no es otra cosa que el incumplimiento de una obligación de hacer, contraída mediante un contrato determinado por parte del tomador del seguro— dentro del plazo convenido y conforme a lo estipulado por el artículo 1898 del Código Civil, salvo disposición legal en contrario.

A continuación, y muy brevemente, pasaremos a exponer los distintos tipos de pólizas de caución existentes en la legislación nacional a favor de la administración pública. Este listado, sin embargo, podría ser ampliado en el futuro ya que, según la legislación comparada, dichas pólizas son aplicables igualmente a otras situaciones, como los casos de las garantías judiciales (contra cautelas y sustitución de medidas cautelares),⁶ muy utilizadas en la legislación argen-

4 BULLÓ, Emilio H. Op. cit., tomo 2, p. 581.

5 BACHILLER NÚÑEZ, Julio. Op. cit.

6 La Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, ley 26979, en su artículo 23.4 (incorporado por ley 28165), admite a la parte demandante en un Proceso de Revisión Judicial de Procedimiento, la posibilidad de presentar una póliza de caución con el fin de mantener la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva que lo afecte, incluso hasta la

tina, por ejemplo. En cuanto a las pólizas de caución destinadas a la actividad privada, estas se regirán siempre por los términos del acuerdo de las partes, y, supletoriamente, por las normas del Código Civil.

2.1 *Pólizas de caución para garantizar contratos de obras, servicios y suministros*

Estas pólizas de seguros pueden ser de dos clases: *públicas* o *privadas*. El texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (decreto supremo 012-2001-PCM) y su reglamento (decreto supremo 013-2001-PCM), regulan los procesos de selección, contratación y ejecución de los contratos para obras, servicios y suministros dentro de la administración pública, así como de las garantías constituidas, entre las que se incluye a las pólizas de caución.

Resulta importante señalar que, en caso de que las partes elijan el seguro de caución conforme al artículo 40 de la referida ley, las garantías propuestas por el tomador de la póliza a favor del asegurado son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de la propuesta. Para los casos de otorgamiento de pólizas de caución en los contratos celebrados entre particulares, regirá lo expresado en la póliza.

2.2 *Pólizas de caución aduanera y en garantía de agencia de aduana*

El decreto legislativo 809, Ley General de Aduanas, así como su reglamento establecido mediante decreto supremo 121-96-

EF y disposiciones complementarias, regulan la aplicación de esta clase de contratos de seguros de caución, que garantizan ante la Sunat el cumplimiento de distintas actividades de operaciones de importación o exportación, así como las obligaciones por el pago de derechos aduaneros y tributos. Si bien estas obligaciones de hecho contienen prestaciones de dar, cabe mencionar que aquí podría interpretarse que la legislación establecida en la propia Ley del Sistema de Seguros (artículo 318 de la ley 26702), habría sido modificada.

De acuerdo con la ley y su reglamento, el agente de aduana deberá actuar como un auxiliar de la función pública y se encuentra sujeto a determinadas obligaciones, por lo que deberá constituir, entre otras garantías por elegir, una póliza de caución por el plazo de un año, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones ante el fisco.

2.3 *Pólizas de caución en garantía de admisión temporal e internamiento temporal o de tránsito de mercadería*

Mediante la propia Ley General de Aduanas y su correspondiente reglamento, se faculta a las empresas exportadoras a acogerse ante la Sunat, ingresando ciertas mercancías extranjeras al territorio aduanero con suspensión del pago de los derechos arancelarios y demás tributos que graven su importación, para ser reexportadas dentro de un cierto plazo, siempre y cuando dichos bienes sean transformados o sean incorporados físicamente al producto exportado.

siguiente instancia, en caso de que la Corte Superior de Justicia no resuelva dentro del plazo de 60 días hábiles desde la presentación de la demanda, respecto de la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para la iniciación y trámite del Procedimiento de Ejecución Coactiva.

De la misma manera, se permite recibir en el territorio nacional, con suspensión de derechos arancelarios y demás impuestos aplicables a la importación, a las mercancías extranjeras señaladas por ley, destinadas a cumplir con un fin y en un lugar determinado, para ser reexportadas en un plazo determinado, sin haber experimentado modificación alguna.

Nuestra legislación aduanera permite la utilización de la póliza de caución como vía para garantizar el cumplimiento de los requerimientos antes mencionados, acogiendo al exportador a los beneficios tributarios que faculta la ley.

2.4 Pólizas de caución en garantía de restitución de derechos arancelarios y en garantía de obtención y redención de notas de crédito negociables

De acuerdo con lo establecido en la Ley General de Aduanas y su reglamento, la devolución de los derechos arancelarios, *Draw Back*, es solicitada por las empresas exportadoras ante la Sunat, pudiéndose presentar, además de otras garantías establecidas en la propia ley, una póliza de caución en favor del ente fiscalizador, lo cual le permite al exportador obtener la devolución de los derechos arancelarios solicitados de manera rápida, como contraprestación de la garantía. Igualmente, aquí también estas obligaciones contienen prestaciones de dar, por lo que cabe también la interpretación dada en el sentido de que la legislación establecida en la propia Ley del Sistema de Seguros (artículo 318 de la ley 26702), habría sido modificada.

La póliza de caución en garantía de obtención y redención de notas de crédito negociables es el contrato de seguro de caución en virtud del cual se garantiza ante la Sunat el cumplimiento de ciertas obliga-

ciones que permitirán la devolución al exportador del saldo a favor que es materia del beneficio, según lo establecido en el reglamento de notas de crédito negociables. La devolución de impuestos indirectos aplicables a la exportación de bienes y servicios, como es el caso del Impuesto General a las Ventas, es el derecho al que accede el exportador mediante este mecanismo.

2.5 Pólizas de caución en garantía de almacenes aduaneros

Los almacenes aduaneros, según la propia Ley General de Aduanas, deberán constituir garantías a favor de la Sunat, a fin de garantizar determinadas obligaciones de hacer, tributos y demás gravámenes que afecten la importación de las mercancías almacenadas en sus recintos, en caso de pérdida, daño o falta de contenido de estas. Además, dicha garantía deberá tener carácter de solidaria, irrevocable, incondicional, indivisible y de realización automática. En el presente caso, igualmente estas obligaciones contienen prestaciones de dar, por lo que cabría también mencionar que podría interpretarse que la legislación establecida en la propia Ley del Sistema de Seguros (artículo 318 de la ley 26702), habría sido modificada para el caso en particular.

2.6 Pólizas de garantía de cumplimiento de obligaciones del titular de autorización para juegos de casino y máquinas tragamonedas

La póliza de garantía de cumplimiento de obligaciones del titular de autorización para juegos de casino y máquinas tragamonedas, es el contrato de seguro de caución en virtud del cual se emite la garantía a favor del Ministerio de Comercio Exterior

y Turismo, Mincetur, para respaldar el cumplimiento de las obligaciones y sanciones asumidas por el tomador (obligaciones que contienen prestaciones de dar, que igualmente modifican la legislación establecida en la propia ley 26702), es decir, aquellas empresas cuyo objeto social es el de dedicarse a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, conforme a lo establecido según ley 27153, norma que regula la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, así como sus posteriores modificaciones contenidas en la ley 27796.

Siguiendo lo expuesto, las clasificaciones de pólizas de caución normadas en nuestra legislación y establecidas según su propia ley, garantizarán determinadas prestaciones de hacer, así como también el pago de determinados tributos frente a la administración pública, es decir, se estaría garantizando obligaciones con prestaciones de dar. De esta forma, se estaría contradiciendo, por parte de la propia legislación nacional, la naturaleza misma de este seguro.

Sin embargo, cabría mencionar también que dicha contradicción, referida en el párrafo anterior, podría interpretarse como una ampliación de la propia ley nacional destinada a la inclusión de este contrato de seguro, siendo procedente incluso que las pólizas de seguros de caución aseguren obligaciones que incluyan prestaciones de dar solamente para casos específicos. Esta es una interrogante que en algún momento tendrá que ser despejada por nuestra propia jurisprudencia, que, de adoptar el criterio limitante establecido por el artículo 318 de la ley 26702, podría restringir el radio de acción del seguro de caución, el que conforme a los usos y costumbres viene incorporándose por leyes diversas, conforme hemos observado, hacia otros expectantes y más amplios panoramas comerciales.

Finalmente, es importante señalar que frente a la obligación surgida luego de la emisión y aceptación de la póliza, la empresa de seguros deberá encontrarse previamente *contragarantizada* por el mismo tomador de la póliza; es decir, que el tomador deberá constituir a favor del asegurador determinadas garantías (reales o personales) o suscribir (aceptar, entregar) títulos valores.

Por su parte, la empresa de seguros debe celebrar paralelamente contratos de reaseguro, coseguro y *fronting*, de manera equivalente, para cubrir el riesgo ante la eventualidad de un siniestro.