

CAUCIÓN

CAUTION INSURANCE

Jaime Hugo TALANCÓN ESCOBEDO*

RESUMEN: En general, las legislaciones que regulan la relación entre asegurado y asegurador le dan a contrato diferentes nombres: garantía, fianza, póliza, caución, certificado de seguro, entre otros. Pero en todos los casos, el contenido del contrato tiene la finalidad de indemnizar al beneficiario por los daños causados por el incumplimiento del tomador del seguro. El de caución es un concepto novedoso y audaz en la legislación mexicana, pues rompe con el concepto tradicional de seguro. De este modo, con el seguro de caución se pretende generar más dinamismo al mercado de garantías; así como una nueva alternativa al usuario para garantizar obligaciones legales o contractuales.

ABSTRACT: Generally, the legislations that regulate the relation between insured and insurer give these contract different names: surety, bail, surety bond, caution insurance, security insurance, inter alia. But in all cases, the content of the contract is intended to compensate the beneficiary for damages caused by the breach of the policyholder. Caution insurance is a bold new concept in Mexican law; it breaks with the traditional concept of insurance. Thus, the caution insurance is to generate more dynamism to the market of guarantees, as well as a new alternative to the user to ensure legal or contractual obligations.

PALABRAS CLAVE: Caución, garantía, fianza, póliza, certificado de seguro.

KEYWORDS: Caution Insurance, Surety, Bail, Surety Bond, Security Insurance.

* Profesor de Carrera de la Facultad de Derecho de la UNAM y Director General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

I

El término caución viene de cautela. Buscar seguridad personal o patrimonial. Caucionar significará tomar precaución, precaver cualquier daño. Una caución será la que se otorga para eximir a otro de alguna obligación. Según Rafael de Pina caución es la seguridad que una persona da a otra que cumplirá lo pactado, prometido o fundado, cualquier forma de garantía de las obligaciones.

Dice el Diccionario de la Academia que *garantía* es: "acción y efecto de afianzar lo estipulado". Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. Y *caución*: "prevención, seguridad de que se cumplirá lo pactado prometido o mandado".

No todas las legislaciones que regulan las relaciones entre asegurado y asegurador le dan al contrato el nombre de garantía, son también comunes los de: fianza, póliza, póliza de caución, certificado individual de seguro, pero en todos los casos, el contenido del contrato tiene el mismo fin: indemnizar al beneficiario por los daños causados por el incumplimiento del tomador.

Es posible que para la legislación ecuatoriana, argentina o española, signifique "caución", lo que ahora significa "garantías" para la mexicana.

En un sentido amplio, indica Castán Tobeñas se llama fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación.

II

Caución es un concepto novedoso en nuestra legislación y debemos ser puntuales en dejar por sentado que la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas y la Ley sobre el Contrato de Seguro, son razonablemente audaces. En efecto, el llamado seguro de caución, no es un seguro, es una garantía. Rompe con el concepto tradicional de seguro, inclusive, con el concepto de seguro de caución tradicional consagrado en muchas legislaciones.

El seguro de caución es el seguro que garantiza al acreedor de una obligación el resarcimiento de los daños que puede provocar su incumplimiento. Por el seguro de caución, el asegurador, garantiza al asegurado el cumplimiento de las obligaciones contractuales o legales del tomador del seguro.

De este seguro se derivan por tanto, una dualidad de relaciones jurídicas.

- a) Por un lado, entre el asegurador y el contratante, el pago de la prima, obligación de reembolso.

- b) Por el otro, el asegurador y asegurado, para el pago del requerimiento o reclamación por siniestro.

Al igual que en la fianza, en el seguro de caución intervienen tres partes claramente diferenciadas:

- 1) El asegurador,
- 2) El tomador del seguro,
- 3) El asegurado o beneficiario.

La relación entre las partes, podemos explicarla de la manera siguiente:

Entre el “tomador del seguro” y el “asegurado”, existe un contrato normalmente de obra o suministro, y en el mismo, el beneficiario exige al contratante una garantía emitida por un tercero que responda del cumplimiento de sus obligaciones en el contrato.

El caso más típico es el de una Secretaría de Estado, que firma un contrato con una empresa constructora para la realización de una autopista, exigiéndole una caución que garantice la correcta y oportuna ejecución del contrato.

Entre el “asegurado” o “beneficiario” y el “asegurador”, o caucionante, el vínculo viene establecido por la garantía, documento por el que el asegurador garantiza al asegurado o beneficiario, que el contratante, la empresa constructora mencionada, va a cumplir sus obligaciones contractuales y, en caso contrario, el asegurador se compromete a pagar como indemnización o penalización, el importe pactado en la garantía.

En el texto del contrato se establece cuando se considera ocurrido el incumplimiento y como debe hacerse el pago de la garantía.

Entre el “asegurador” y el “tomador del seguro” o fiado, el vínculo lo establece la póliza de seguro de caución. En dicha póliza lo más importante es el derecho de repetición o reembolso, que el derecho moderno reconoce a cualquier garante, y que no es otro que el derecho de ser reembolsado por los pagos que el asegurador tuviera que hacer al asegurado si la garantía fuera ejecutada.

Como decíamos al principio, al igual que en el caso anterior, no en todos los países el contrato entre tomador y asegurador recibe el mismo nombre, y así, no es extraño encontrar denominaciones como: contragarantía, acuerdo de indemnización, contrato múltiple de fianzas, propuesta, y tampoco siempre el contenido del contrato es parecido.

Ahora bien, cuando hablamos de seguros, nos viene a la mente los elementos que los caracterizan así como la terminología clásica que se emplea en su contexto, atendiendo a la doctrina que orienta los artículos de la Ley, que no conceptualizan, sino que sólo describen sus elementos básicos.

III

Tal es así, que la Ley Sobre el Contrato de Seguro señala: “por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato”.

Más allá de esta descripción, nos interesa destacar los elementos que particularizan y le dan vida a estos contratos:

- La persona y/o la institución.
- La prima.

Prestación del asegurador. Resarcir el daño, principio indemnizatorio.

- El riesgo.
- El siniestro.

De estos elementos, el riesgo resulta esencial, entendido como la amenaza de daño que se hará o no realidad. Esto es lo que conocemos como la eventualidad, prevista en el contrato y que llamamos: “suceso dañoso, futuro e incierto”.

Mientras, en las normas que nos ocupan, a donde se incorpora la figura jurídica del seguro de caución, tampoco se conceptualiza, sólo se describe desprendiéndose los elementos siguientes:

- La persona y/o la empresa.
- Pago de una indemnización, a título de resarcimiento o penalidad por los daños patrimoniales sufridos. La prestación del asegurador.
- Contrato de seguro. El certificado de seguro.
- Circunstancias acordadas en relación con el incumplimiento por el contratante del seguro de sus obligaciones legales o contractuales.
- Reembolso a la institución.

Como se puede observar, si bien los primeros elementos enunciados del seguro de caución tienen identidad con los generales del seguro, (persona e indemnización), hay una distinción en el aspecto esencial que diferencia a

las figuras que darán pauta para dar un trato especial al seguro de caución. Esta diferencia la encontramos en el “riesgo”.

En el seguro de caución no podremos hablar de “riesgo”; primero atendiendo a su génesis y segundo, atentos a la letra de la Ley. Debemos hacer notar que dentro de la descripción que se hace del seguro de caución, no se encuentra el concepto de “eventualidad”, ligado intrínsecamente al concepto de “riesgo”.

La esencia y motivo que origina el surgimiento o descripción del seguro de caución, la encontramos en la necesidad de resarcir los daños que tuvieren lugar derivado del incumplimiento de obligaciones legales o contractuales.

IV

Cuando surge el tema de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, entonces debemos enfocarnos a las figuras o instrumentos jurídicos que tienen como propósito dar certeza y confianza respecto de que, las responsabilidades asumidas o compromisos contraídos por una persona frente a otra, serán debidamente satisfechos, quedando encuadrados en el entorno de la materia de garantías.

Así las cosas, recordemos que las garantías siempre dependerán de una obligación primaria, principal o preexistente, y éstas serán exigibles cuando el deudor de la obligación incurriere en incumplimiento, buscando de esta forma resarcir el daño o simplemente pagar si el deudor no lo hace.

Es de observar que la ley referida lo califica como “garantía”, incluso antes de llegar a su descripción.

En el artículo 17 asienta en la parte conducente: “Los contratos de seguro de caución y de fianza serán admisibles como garantía ante las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y ante las autoridades locales”, y el 18 habla de “Las pólizas y certificados en que se formalicen los contratos de seguro de caución y de fianza que sirvan como garantía ante la Administración Pública Federal”.

Toma sentido entonces, la descripción que se hace sobre el seguro de caución relacionándolo con el incumplimiento de obligaciones y la calificación que se hace de él como una figura de garantía; situación que refuerza además al ser puesta en equivalencia con lo que se conoce como la reina de las garantías, la fianza.

V

Por otra parte, la ley citada prevé que para el seguro de caución sólo aplique la prescripción por dos años, mientras que para la fianza aplicaran por tres años la prescripción y la caducidad.

En cuanto a la obligación de constitución de garantías de recuperación, para la fianza si es obligatorio y no lo será para el seguro de caución.

Una novedad incorporada por la ley comentada, es la relativa a la idea de fortalecer el principio indemnizatorio, agilizando el pago de garantía, instrumentando mediante acuerdo de las partes –asegurado, contratante y asegurador–, plasmando puntualmente en el certificado del seguro de caución, cuáles serán los elementos que acreditarán el incumplimiento de la obligación y por ende el pago de la garantía, sin que en este segundo momento, se requiera la intervención o participación del contratante, y en su caso, éste, el contratante, tendrá la obligación de recuperarle a la aseguradora y mantener acción en contra del asegurado.

Para la caución, ocurre el evento hipotético previsto y estipulado y tienes que pagar, y es lo debido; mientras que para la fianza, no puede pagar lo indebido.

Las instituciones afianzadoras tienen la obligación de dar aviso al fiado sobre la reclamación recibida. Cabe destacar que se considera en la ley que nos ocupa, la posibilidad de pactar la no realización de este aviso, buscando que el pago sea expedito favoreciendo al beneficiario; para ello se incorpora un artículo que precisa las hipótesis que las pólizas de fianzas deberán prever, con el propósito de lograr una ejecución ágil.

La ley busca sin duda equilibrar la operación de ambas figuras, pero como ha quedado de manifiesto, la mejora en sus procesos.

VI

Uno de los aspectos que motivan la idea de que la ejecución de un seguro de caución será más sencilla y ágil, radica precisamente en la manera en que la Aseguradora llevará internamente los registros de las reclamaciones que reciba.

Pese a que a la fecha, no se cuenta con el reglamento que deberá señalar la manera en que los importes reclamados tendrán que registrarse dentro de las contabilidades de esas Instituciones de Seguros; la autoridad correspondiente, esto es, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, ya ha anunciado

que dicho registro tendrá lugar directamente a las cuentas que afectan los resultados de la compañía.

¿Por qué debemos nuestra atención a este asunto?

Porque hoy, las instituciones afianzadoras registran el importe de las “reclamaciones recibidas” en unos apartados llamados “Cuentas de orden”, de las que puede decirse, tienen como propósito hacer las veces de indicadores del comportamiento y de la medición de las contingencias o pendientes a cargo de la compañía.

Sin embargo, el registro, no significa una afectación directa a los capitales de aquellas instituciones; este registro se justifica en virtud de que la institución está obligada a recabar garantías de recuperación de sus clientes o fiados.

Esta será una diferencia substancial entre la fianza y el seguro de caución.

En efecto, en la operación del seguro de caución, la aseguradora no está obligada a recabar garantías de recuperación, insisto, diferente a la fianza en donde sí está obligada.

Entonces surgirá un riesgo mayor en cuanto a la estabilidad de su solvencia, que pudiera afectar los intereses de los usuarios de este tipo de garantía.

Así las cosas, ahora el registro de las reclamaciones jugará un papel importante, pues incidirá directamente a los resultados de la compañía y sus números deberán ser puntualmente vigilados por las autoridades correspondientes para efectos de que, los registros de reclamaciones crezcan fuera de los parámetros esperados, entonces se solicitará un incremento de capital por parte de los accionistas; resguardando de esta forma el interés general.

En teoría, esta forma de registro será un incentivo adicional para que las Aseguradoras, salvo las excepciones que se consideren deben oponerse, incluyendo la subjudicidad, procedan al pago de las reclamaciones recibidas y en ese orden de ideas, a su vez los contratistas le recuperen el importe pagado.

Otro aspecto a destacar en el contexto de esta nueva ley, consiste en el control y manejo de responsabilidades de los usuarios de garantías y en caso concreto, de los fiados y contratantes.

Recordemos que invariablemente, el beneficiario requiere que las obligaciones que se otorgan a su favor se encuentren debidamente garantizadas, máxime si mencionamos al principal beneficiario que conocemos. El Estado, merced que sus recursos son públicos y por tal razón deben ser administrados con eficiencia, transparencia y honradez.

Bajo este contexto, tenemos a las personas físicas o morales que desean obtener la asignación de contratos necesarios para la tarea de la adminis-

tracción gubernamental de los órganos de poder del Estado y de las diversas instituciones que coadyuvan en sus responsabilidades.

La persona, una vez asignado el contrato, deberá garantizarlo a través de una fianza o una caución, señalándose en éstas el monto de responsabilidades por las que, en su caso se responderá. Dichas responsabilidades se irán sumando hasta que llegue el momento en que el contratante llegue al límite de su capacidad ante las instituciones garantes y por tal motivo, ya no pueda ser sujeto para el otorgamiento de más garantías lo que significará que tampoco podrá tener capacidad para obtener más contratos.

En este escenario, lo lógico será que el contratante, revise la situación de sus compromisos frente a los beneficiarios y en caso de cumplimiento de sus obligaciones, solicite la cancelación de las garantías, para que su grado de responsabilidad frente a la garante, se reduzca y vuelva a tener margen y confiabilidad para el otorgamiento de nuevas garantías.

La experiencia dice que para el principal beneficiario, la institución gubernamental, en la mayoría de las veces el funcionario público, no autoriza la cancelación de las garantías o simplemente no contesta sobre las solicitudes que le formulan sobre el particular, pese a que las obligaciones a cargo del deudor hayan sido cubiertas.

Ante esta hipótesis, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en vigor, establece en su artículo 128, un supuesto a favor del fiado, el cual señala que “En caso de que las autoridades no resuelvan estas solicitudes dentro del plazo de 30 días, se entenderán canceladas las fianzas en cuestión para todos los efectos legales”. Es decir, existe una “afirmativa ficta” que siempre ha servido principalmente para no dejar en estado de indefensión al interesado, entre otros principios.

Resulta de especial importancia señalar el cambio radical que ahora contiene la nueva ley y que será aplicable tanto para fianzas como para seguro de caución.

Ahora, el artículo 293 de la nueva ley reza: “En caso de que las autoridades no resuelvan las solicitudes de cancelación dentro del plazo de 30 días, se entenderán resueltas en el sentido negativo al solicitante”.

Con esta disposición, se abren una serie de hipótesis que pueden ir desde los daños y perjuicios que se le puedan causar al fiado o contratante, por la negación de la cancelación de sus garantías, hasta temas de responsabilidades de los servidores públicos por su ineficiencia o negligencia.

Recordemos que el texto que actualmente se lee en las pólizas de fianzas, señala que ésta, sólo podrá cancelarse por indicación expresa y por escrito del beneficiario.

Algunas interrogantes que pudieran surgir bajo este entorno serían sí, con estos cambios estamos alentando a una mejora en la forma de operar de la administración pública, o bien estamos alentando la ineficiencia, y poca transparencia de la misma.

VII

En virtud de estas consideraciones y de las diferencias que existen en la naturaleza de las figuras que prevé la ley, y de manera singular por el tratamiento que les da a los seguros y garantías, nos parece un acierto que la forma de asumir riesgos y obligaciones se separen y se administren por instituciones especializadas, cuidando en todo momento su solvencia para que éstas puedan hacer frente a sus responsabilidades frente a los usuarios y los beneficiarios de sus servicios.

En su momento el “seguro de crédito”, por su particular perfil, tuvo la necesidad de que su operación la realizaran compañías aseguradoras especializadas. Ahora, con esta nueva Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, tendrán que ser instituciones especializadas las que operen el seguro de caución.

El legislador busca con estas reformas, una nueva alternativa al usuario para garantizar obligaciones legales o contractuales, especificando los aspectos necesarios para su operatividad a fin de brindar certeza jurídica a los interesados en su contratación.

En lo que concierne a los efectos del establecimiento del seguro de caución y las adecuaciones a la operación de la fianza, es previsible:

- a) Que los acreedores con necesidad de recabar garantías, tendrán a su disposición otro instrumento para satisfacerla.
- b) Que los acreedores asegurados y/o beneficiarios podrán situarse frente a la institución, garante de una obligación, a ejercer su derecho y hacer efectiva y ágil la garantía.
- c) Que el mercado de instrumentos de garantía se ampliará.
- d) Que la demanda de las garantías estructuralmente menos eficaces para los acreedores, podrá reducirse por el uso de las que posean una funcionalidad más favorable para ellos, sobre la base de decisiones de racionalidad económica y al margen de cualquier problema coyuntural que incida en los procesos de administración de garantías.

Finalmente, con el seguro de caución se pretende generar más dinamismo en el mercado de garantías con grandes similitudes o semejanzas a su gemela la fianza, tal y como se desprende del marco legal recién aprobado por el Congreso y publicado en el Diario Oficial de la Federación.

La *vacatio legis* es muy amplia. El legislador le otorgó dos años para la adecuada preparación y que, buscando su entrada en vigor sea eficaz y ampliamente conocida.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona, José María Bosch editor, 1997.
- Decreto por el cual se expide la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley sobre el contrato del Seguro. *Derecho civil español. Común y foral*, Madrid, Instituto Editorial, 1956.
- El seguro de caución y la fianza*, México, Análisis interno de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
- FONT, Galan, “Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorieri lasciate dalle compagnie di assicurazioni”, en *Assicurazioni*, Italia, 1976.
- MAZZONI y BRUGLIERE, “La polizza fideiussoria”, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 2, Italia, 1986.
- OLIVENCIA RUÍZ, M., “Seguros de crédito, caución, responsabilidad civil y reaseguro”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982.