

Instituto de Ciencias del Seguro

El Seguro de Caución

Carlos Hoyos Elizalde

FUNDACIÓN **MAPFRE**

FUNDACIÓN MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

El contenido del presente documento refleja exclusivamente la opinión del autor y no debe ser atribuido a ninguna institución u organismo.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o del editor.

© 2012 FUNDACIÓN MAPFRE
Paseo de Recoletos 23
28004 Madrid (España)

www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro
publicaciones.ics@mapfre.com

ISBN: 978-84-9844-268-7
Depósito Legal: SE-2321-2012

PRESENTACIÓN

Desde 1975, FUNDACIÓN MAPFRE desarrolla actividades de interés general para la sociedad en distintos ámbitos profesionales y culturales, así como acciones destinadas a la mejora de las condiciones económicas y sociales de las personas y sectores menos favorecidos de la sociedad. En este marco, el Instituto de Ciencias del Seguro de FUNDACIÓN MAPFRE promueve y desarrolla actividades educativas y de investigación en los campos del seguro y de la gerencia de riesgos.

En el área educativa, su actuación abarca la formación académica de postgrado y especialización, desarrollada en colaboración con la Universidad Pontificia de Salamanca, así como cursos y seminarios para profesionales, impartidos en España e Iberoamérica. Estas tareas se extienden hacia otros ámbitos geográficos mediante la colaboración con instituciones españolas e internacionales, así como a través de un programa de formación a través de Internet.

El Instituto promueve ayudas a la investigación en las áreas científicas del riesgo y del seguro y mantiene un Centro de Documentación especializado en seguros y gerencia de riesgos, que da soporte a sus actividades.

Asimismo, el Instituto promueve y elabora informes periódicos y publica libros sobre el seguro y la gerencia de riesgos, con objeto de contribuir a un mejor conocimiento de dichas materias. En algunos casos estas obras sirven como referencia para quienes se inician en el estudio o la práctica del seguro, y en otros, como fuentes de información para profundizar en materias específicas. Dentro de estas actividades se encuadra la publicación de este libro.

Desde hace unos años, Internet es el medio por el que se desarrollan mayoritariamente nuestras actividades, ofreciendo a los usuarios de todo el mundo la posibilidad de acceder a las mismas de una manera rápida y eficaz mediante soportes Web de última generación a través de:
www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

Carlos Hoyos Elizalde es Licenciado en Derecho y en Ciencias Empresariales y ha trabajado en MAPFRE durante toda su vida laboral, más de 35 años, de los que casi 30 lo han sido en Mapfre Caución y Crédito, compañía especializada en los seguros que su propia denominación social indica, y en la que desempeñó el cargo de Director General.

Durante su vida laboral Carlos Hoyos ha sido frecuente conferenciante y articulista en diversos foros internacionales y en revistas especializadas y además ocupó los siguientes cargos en organizaciones internacionales: Presidente del Grupo de Expertos en Fianzas Contractuales de la Cámara de Comercio Internacional; Presidente del *Guarantee Committee de la International Credit and Surety Association (ICISA)*, Presidente del Comité de Formación y Estudios de la Asociación Panamericana de Fianzas (PASA); Vicepresidente del Comité de Seguro de Crédito de la Asociación Panamericana de Fianzas (PASA) y miembro del Comité Ejecutivo de la ICISA y PASA durante un buen número de años.

Como profesor, Carlos Hoyos ha impartido cursos sobre el seguro de Caución, o materias relacionadas con el mismo, en diferentes lugares del mundo: China, Israel, Guatemala, Argentina, Chile, Costa Rica y Brasil, entre otros, y en la actualidad colabora con la Fundación Mapfre como tutor del curso de seguros de Caución que la misma organiza y en otros proyectos educativos.

*Para Mariví, por los hijos
que me ha regalado*

ÍNDICE

Prólogo	13
Introducción	15
CAPÍTULO I. UN POCO DE HISTORIA DE LA FIANZA	17
1. Un poco de historia de la fianza	17
1.1. Primeros antecedentes jurídicos	17
1.2. Antecedentes modernos	19
1.3. Los primeros teóricos	20
1.4. Los primeros aseguradores	21
1.2. Reconocimiento legislativo	22
CAPÍTULO II. EL RIESGO	25
2. El riesgo	25
2.1. Consideraciones generales	25
2.2. El riesgo en el seguro de Caución. El riesgo de insolvencia ..	27
2.3. El riesgo de incumplimiento	28
2.4. Asegurabilidad	29
2.5. Naturaleza jurídica del seguro de Caución	30
CAPÍTULO III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN	35
3. Consideraciones generales sobre los seguros de Caución	35
3.1. Definición de fianza y definición de seguro de Caución	35
3.2. Las partes que intervienen en el seguro de Caución y su relación entre ellas	36
3.3. Diferencias entre el seguro de Caución y el seguro de Crédito	38
3.4. El pago de la prima	38
3.5. La duración del seguro de Caución	40
3.6. La prescripción en el seguro de Caución	41
3.7. La novación	42

CAPÍTULO IV. CLASES DE GARANTÍAS	45
4. Clases de garantías	45
4.1. Consideraciones generales	45
4.2. Garantías de contrato	46
4.3. Garantías aduaneras	59
4.4. Afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas	63
4.5. Garantías ante organismos agrícolas	70
4.6. Garantías para precintas o estampillas alcohólicas	72
4.7. Garantías ante televisiones	72
4.8. Garantías por la devolución del IVA	74
4.9. Garantías judiciales	74
4.10. Garantías para concesiones	76
4.11. Garantías para agencias de viajes	78
4.12. Garantías de funcionarios	78
4.13. Garantías para prestaciones sociales	81
4.14. Garantías para clubs de protección	82
4.15. Otras garantías	85
4.16. Garantías financieras	85

CAPÍTULO V.
COMERCIALIZACIÓN DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN 87

5. Comercialización de los seguros de Caucción	87
5.1. Introducción	87
5.2. Diferentes modelos de venta de este seguro	87
5.3. Clientela potencial	73
5.4. Ventajas y diferencias frente a la banca y a otras modalidades de afianzamiento	89
5.5. El precio del seguro de Caucción (prima)	90
5.6. Canales de distribución del seguro de Caucción	92

CAPÍTULO VI
LA SUSCRIPCIÓN EN EL SEGURO DE CAUCIÓN 95

6. La suscripción en el seguro de Caucción	95
6.1. Generalidades	95
6.2. Tres grandes tipos de garantías	95
6.3. La duración de las garantías y su vigencia	97
6.4. Las garantías ante beneficiarios privados	99
6.5. Garantías condicionales e incondicionales	100
6.6. Garantías con cláusula al primer requerimiento	105
6.7. Garantías para afianzar obligaciones de pago	108
6.8. Garantías financieras	109
6.9. La política de suscripción. Consideraciones finales	110

CAPÍTULO VII. LOS COMITÉS DE SUSCRIPCIÓN	113
7. Los comités de suscripción	113
7.1. Los comités de suscripción	113
7.2. Líneas de clasificación	117
7.3. El dossier del cliente	118
7.4. Clientes especiales	120
7.5. El análisis de los contratos a garantizar	121
CAPÍTULO VIII. ANÁLISIS DE BALANCE	125
8. Análisis de Balance	125
8.1. Concepto y significado del Balance	126
8.2. Objetivos del Balance	128
8.3. Estructura del Balance	128
8.4. Memoria y estados complementarios del Balance y Cuenta de Resultados	135
CAPÍTULO IX. LOS DOCUMENTOS DEL RAMO DE CAUCIÓN	143
9. Los documentos del ramo de Caución	143
9.1. La solicitud de seguro	143
9.2. La póliza de seguros	145
9.3. La garantía o fianza	167
9.4. Contragarantías	168
9.5. El recibo de prima. La factura	173
9.6. El contrato	175
9.7. Otros documentos del seguro de Caución	176
CAPÍTULO X. EL <i>FRONTING</i>	177
10. El <i>fronting</i>	177
10.1. ¿Qué es el <i>fronting</i> y en qué situaciones es necesario?	177
10.2. Los riesgos del <i>fronting</i> y cómo aminorarlos	179
10.3. Documentación de las operaciones de <i>fronting</i>	191
CAPÍTULO XI. EL REASEGURO	209
11. El Reaseguro	209
11.1. Definición y funciones del Reaseguro	209
11.2. Principios del Reaseguro	211
11.3. Contratos de Reaseguro	212

11.4. Tratados proporcionales	213
11.5. Reaseguro facultativo	225
11.6. Tratados no proporcionales	229
CAPÍTULO XII. EL SINIESTRO Y LA GESTIÓN DEL MISMO	263
12. El siniestro y la gestión del mismo	263
12.1. Consideraciones generales	263
12.2. Definición de siniestro	264
12.3. Etapas del proceso de siniestro	267
12.4. Necesidad de normas claras que delimiten y configuren la ocurrencia del siniestro	272
CAPÍTULO XIII. LAS PROVISIONES EN EL SECTOR ASEGURADOR	275
13. Las provisiones en el sector asegurador	275
13.1. Provisiones	275
13.2. Margen de solvencia	278
13.3. Otras provisiones	279
13.4. Solvencia II.....	279
CAPÍTULO XIV. DIFERENCIAS ENTRE LOS MODELOS DE AFIANZAMIENTO EN DIFERENTES PAÍSES	281
14. Diferencias entre los modelos de afianzamiento en diferentes países	281
14.1. Diferencias entre garantías contractuales y “penalty bonds” (fianzas multa)	281
14.2. Diferencias entre la garantía bancaria y la garantía de compañía de seguros	284
CAPÍTULO XV. LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL Y SU PAPEL EN EL MUNDO DE LAS GARANTÍAS	289
15. La Cámara de Comercio Internacional y su papel en el mundo de las garantías	289
15.1. Reglas Uniformes para Garantías a Primer Requerimiento ..	291
15.2. Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales	293
15.3. Otras reglas o convenciones	300

CAPÍTULO XVI. ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES DE SEGUROS DE CAUCIÓN	303
16. Asociaciones internacionales y nacionales de seguro de Caución	303
16.1. International Credit Insurance & Surety Association-ICISA....	305
16.2. Unión de Berna	307
16.3. Asociación Panamericana de Fianzas	308
Referencias bibliográficas	311
Colección “ <i>Cuadernos de la Fundación</i> ” Instituto de Ciencias del Seguro	313

PRÓLOGO

Aunque Carlos Hoyos no necesita presentación en el mundo de los seguros de caución o fianzas, es oportuno que esta obra suya venga precedida de algunas palabras, ajenas a su propia introducción, que acrediten --aunque sea parcialmente-- sin sonrojo sus méritos profesionales y esboce algunas de sus cualidades humanas.

Carlos Hoyos se incorporó a MAPFRE en 1972 y pasó al departamento de seguros de caución en el año 1978; desde entonces ha desarrollado su carrera profesional de forma rectilínea durante estos casi treinta años en este campo en el que ha alcanzado una brillante proyección tanto nacional como internacional, acompañando --como uno de los artífices-- el éxito de la entidad MAPFRE CAUCION Y CREDITO, especializada en estos seguros, en la que ha ido ocupando diversas responsabilidades, incluidas las de Director General y Consejero de la compañía.

Su entusiasmo por este ramo le ha llevado además a una intensa acción internacional a través de instituciones como la Cámara Internacional de Comercio, con la que colaboró activamente en la elaboración y difusión mundial de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales que dicho organismo ha venido propugnando en el comercio internacional. También en la PASA (Panamerican Surety Association) y en la ICISA (Internacional Credit Insurance & Surety Association) en las que ha sido Presidente de diversos Comités y miembro activo en sus reuniones. Asimismo, se ha convertido en un ponente y articulista internacional de reconocido prestigio en los seminarios, reuniones y revistas en los que se trataba de divulgar los conocimientos de este seguro tanto en América Latina como en los países con fuerte potencial de desarrollo como China.

La colaboración de Carlos Hoyos con FUNDACIÓN MAPFRE viene de antiguo. Fue el primer profesor de la asignatura sobre el Seguro de Caución en la Facultad de Ciencias del Seguro, Jurídicas y de la Empresa de la Universidad Pontificia de Salamanca promovida por esta Fundación. No debe extrañar que cuando la Fundación quiso introducir entre sus cursos on-line uno sobre el Seguro de Caución, pensara en este autor para llevar adelante ese proyecto.

De ese curso nace hoy este libro, que será especialmente útil a todos los alumnos que cursen esta materia, ya que en él encontrarán un magnífico soporte y complemento.

El texto que aquí se presenta refleja en suma los conocimientos y experiencia adquiridos por Carlos Hoyos a lo largo de su dilatada vida profesional desde un punto de vista práctico y los relaciona con los de otros autores, de forma complementaria y permite, de alguna forma, cerrar un hueco importante --el de la “praxis”-- en la bibliografía existente sobre este seguro en lengua española.

Sin duda, que el libro interesará tanto a los conocedores de este ramo como a aquéllos que quieran adentrarse desde la curiosidad o el interés académico en los secretos de esta especialidad del mundo asegurador cercana, por otra parte, a otras figuras jurídicas financieras con las que se codea y compite.

Sólo resta felicitar a Carlos Hoyos por su excelente trabajo y, sobre todo, por su labor casi de “apostolado” --en la que influye su carisma y entregada personalidad-- en la difusión y promoción de este sector del seguro de tanta relevancia para el desarrollo de la actividad empresarial y el desarrollo económico.

Filomeno Mira
Presidente del Instituto de Ciencias del Seguro
FUNDACIÓN MAPFRE

INTRODUCCIÓN

Este libro sobre el Seguro de Caucción tiene en su mayor parte un enfoque eminentemente práctico, y está dirigido no tanto a estudiosos del seguro desde un punto de vista jurídico, sino a potenciales empleados de compañías de seguros de caucción.

El libro refleja los conocimientos y la experiencia que, sobre el Seguro de Caucción he obtenido en la compañía MAPFRE Caucción y Crédito. Es posible que algunas de las posturas que defiendo choquen con la ortodoxia de las teorías más conservadoras al uso, pero todas ellas vienen avaladas, nunca mejor dicho, por los casi 30 años de vida laboral en este sector, y por los resultados obtenidos en todos ellos, en los que MAPFRE Caucción y Crédito ha conjugado la excelencia en el servicio a sus clientes con un crecimiento prudente y excelentes resultados para sus reaseguradores y accionistas.

Los dos primeros capítulos intentan resumir parcialmente la obra del Profesor Javier Camacho de los Ríos: *El Seguro de Caucción. Estudio Crítico*, e incorporan también algunas referencias del libro de Antonio Guardiola Lozano: *Manual de Introducción al Seguro. 2001*, ambos publicados por la Editorial MAPFRE.

El capítulo 11 sobre el Reaseguro ha sido redactado en su totalidad por M^a Teresa Cruz, Subdirectora de Suscripción de los ramos de Caucción y Crédito de MAPFRE RE y gran experta en la materia y, por otra parte, no puedo olvidar la colaboración que en la redacción de otros capítulos del libro he recibido de Javier Bergamín, Director de Asesoría Jurídica de MAPFRE Caucción y Crédito, de quien recojo en el libro parte de la magnífica conferencia que dio en el Seminario sobre Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía celebrado en la Universidad de Granada en noviembre de 2004. Igualmente agradezco la colaboración de Julio Callejo, Responsable de Siniestros de Caucción de MAPFRE Caucción y Crédito, en la redacción del capítulo sobre Siniestros, y de Francisco Arenas, Jefe del Área de Gerencia de Riesgos de MAPFRE Caucción y Crédito, en la del capítulo de Análisis de Balance.

El libro quiere ser también un homenaje a Carlos Muniesa (Director de Seguro de Caucción en CRÉDITO Y CAUCCIÓN), competidor, compañero y sobre todo amigo, quien poco antes de su inesperado fallecimiento, me manifestó su deseo e intención de escribir un libro sobre el seguro de Caucción que, de haber visto la luz, hubiera hecho innecesario el que ahora el lector tiene en sus manos.

Mi último y más sentido agradecimiento es para Ana Lanz, secretaria de dirección de MAPFRE Caución y Crédito, con quien he tenido el privilegio de compartir veinte años de trabajo. Ana ha puesto siempre orden en mi desorden, sosiego a mis prisas, ha sabido “interpretar” mis manuscritos y me ha regalado siempre su sonrisa y buen humor.

CAPÍTULO I

UN POCO DE HISTORIA DE LA FIANZA

1. UN POCO DE HISTORIA DE LA FIANZA

La garantía o la fianza parece que es conocida desde los albores de la humanidad, y de la misma ya se habla en el Libro de los Profetas (capítulo 222) que dice sobre ella: *“No seas de los que dan la mano y se convierten en fiadores de deudas. Si no tienes con que pagar, cogerán tu colchón de debajo de ti”*. También en el Antiguo Testamento hay referencias a la fianza, así en el Eclesiastés se dice: *“No te hagas fiador más allá de tus posibilidades. Si has prestado fianza estate tan inquieto como si debieses pagar”*.

Vemos en uno y otro texto que se habla de la fianza avisando de su peligrosidad, y en ninguno tan claramente como en el versículo 29 del propio Eclesiastés, cuando dice: *“Una fianza ha constituido la pérdida de muchos hombres felices y les ha hecho bambolearse como las olas del mar”*.

La necesidad de garantizar el pago de lo comprado o de devolver el bien tomado a préstamo a través de la entrega de prendas posiblemente nace al mismo tiempo que el hombre. En ocasiones, la prenda que se entregaba era difícil de transportar y, por ello, se buscaron alternativas, como la entrega de un rehén, que vendría así a ser la primera garantía “real”¹. Posteriormente surgió la posibilidad de que el compromiso de garantizar el pago fuese confirmado por un tercero digno de fe, naciendo así la fianza en sentido estricto. También de esta manera nació, posiblemente, el seguro de crédito porque el comerciante/vendedor siempre estaba en una posición de debilidad frente al comprador al que sólo podía “conquistar” por el precio, la calidad, o *la facilidad de pago*. En estos casos, el riesgo de impago era real y dio lugar a la idea de asegurar el crédito.

1.1. Primeros antecedentes jurídicos

El profesor Camacho de los Ríos, en su obra *El Seguro de Caucción. Estudio Crítico*², de la que a partir de ahora y hasta la página 33 hago un amplio

¹ Jean Bastin. Le paiement de la dette d'autrui. La Caution, la garantie, les fonds de garantie, etc. 1999. E.J.A. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999.

² Javier Camacho de los Ríos. El Seguro de Caucción. Estudio Crítico. 1994, Editorial Mapfre, S.A.

resumen de sus capítulos 1, 2, 3, 5 y 7, indica que tradicionalmente el seguro de caución se ha venido asociando al de crédito, configurándose aquél como

una especie de éste. En este sentido, la doctrina es unánime al considerar que constituyen ambos lo que se ha denominado “seguro de crédito”.

La vinculación del seguro de caución al seguro de crédito tiene, además, un fundamento histórico, en la medida en que el primero nace en el seno de las compañías de crédito, siendo relativamente reciente el desarrollo de compañías de seguro de caución especializadas y desligadas del ramo de crédito en sentido estricto.

Para el estudio del origen del seguro de caución se hace necesaria, pues, la descripción del desarrollo histórico del seguro de crédito – al que está tan íntimamente ligado –, a efectos de determinar el momento en que el tipo caución se convierte en una figura autónoma, bien por vía de la práctica aseguradora, bien por vía del reconocimiento legislativo.

Aún cuando en los textos bíblicos existen referencias a actos o negocios semejantes a estos seguros, la primera forma jurídica que tiene una verdadera conexión con el seguro de crédito, y por ende con el de caución, ha de buscarse en el Derecho Romano. Es en el ámbito de las garantías y, en particular, en el de las garantías personales, donde se encuentran figuras como la *fiducia*, y más concretamente en la *fideiussio indemnitis* – junto con alguna de las formas de los *receptum argentarium* – donde puede encontrarse una forma semejante al seguro de crédito más consolidada.

Por otra parte, el seguro de crédito, al igual que otras formas de seguro, ha sido, en ocasiones, relacionado con el comercio marítimo. Puede verse en el préstamo a la gruesa una forma de seguro de crédito. En apoyo de esta posibilidad hay que mencionar el hecho de que las primeras compañías de seguros de crédito fueron compañías de seguro marítimo que garantizaban los impagos que se producían como consecuencia de los naufragios.

Si bien la *fideiussio indemnitis* aparece claramente como un antecedente de los seguros de crédito – al responder el *fideiussor* de la insolvencia del deudor principal – es en los *receptum argentarii* – figura de Derecho bancario romano, consistente en la promesa formal de un banquero de pagar una deuda ajena – donde nos encontramos con una forma jurídica más próxima al seguro de caución. En efecto, algunos tipos de *receptum argentarii* no tenían tan sólo la función de facilitar pagos, sino que desarrollaban, además, una función de garantía; así bajo ciertas fórmulas, el banquero respondía del pago de la deuda de forma personal, e independientemente de la obligación garantizada.

Bajo esta perspectiva, nos encontramos, a todas luces, con una especie de **caución bancaria**. Esta forma de garantía se nos antoja, por tanto, como un antecedente claro del seguro de caución, en la medida en que cubre el incumplimiento del deudor con independencia de su solvencia.

1.2. Antecedentes modernos

Aún cuando hay autores que entienden que la práctica del seguro de crédito es muy antigua, un amplio sector doctrinal, entre los que se encuentra el propio profesor Javier Camacho de los Ríos³, considera que el origen de este seguro es relativamente reciente, ya que las prácticas a las que los citados autores se refieren son muy distintas de lo que modernamente consideramos como seguro de caución y de crédito.

Por ello, se ha tratado de encontrar su antecedente más inmediato en las figuras del *star del credere* y *seguro subsidiario*, siendo este último muy practicado en Francia con el nombre de *reprise d'assurance*.

a) *Star del credere*. Crítica

En virtud del *star del credere*, el comisionista que actúa en comisión de venta garantiza al comitente-vendedor el pago aplazado que éste otorga al comprador.

La semejanza con el seguro se basa, en primer lugar, en que se asume un riesgo –el impago por parte del comprador– a cambio de una compensación –a la que podríamos denominar prima (precio de la comisión de la garantía)–; y, en segundo lugar, en la existencia de un objeto asegurado: la venta.

No obstante, esta posición ha sido objeto de críticas, críticas que dirigen no tanto a su negación como antecedente del seguro de crédito, como a su carácter de seguro.

En opinión de Javier Camacho, el *star del credere* nunca ha tenido naturaleza asegurativa y el atender –para su calificación– a la existencia de un riesgo, un objeto garantizado y una contraprestación no es suficiente, ya que estos elementos existen también en otros contratos de garantía. Su calificación como actividad asegurativa es fruto de un concepto deficiente y parco del contrato de seguro. Una definición más rigurosa de dicho contrato no permitiría el encuadramiento del *star del credere* dentro del ámbito asegurativo.

No obstante la falta de carácter asegurativo, no podemos negar, dice Javier Camacho “que –junto a otras figuras– constituyó en la práctica un antecedente de los seguros sobre créditos, en tanto en cuanto su función económica era idéntica, proteger al acreedor en la satisfacción de sus créditos”.

³ Vide. Javier Camacho de los Ríos. *Op. Cit.*

b) *El seguro subsidiario*

La teoría del seguro subsidiario (recogida en tratados de los siglos XVII y XVIII), o *reprise d'assurance*, señala que el seguro de crédito, y junto con éste el de caución, nació por causa de la aparente inseguridad de los aseguradores, inseguridad que llevaba a los asegurados a contratar otro seguro en virtud del cual se protegían de la posible insolvencia o incumplimiento de aquéllos.

La doctrina es unánime en considerar al seguro subsidiario como el antecedente inmediato de los seguros de crédito, en una época en que los aseguradores eran comerciantes individuales y no dotados de una estructura jurídica fuerte, esto es, sin mecanismos de protección y con un reaseguro de bases técnicas poco desarrolladas.

Cuando los aseguradores adquieren fuerza y surgen las grandes compañías, este seguro no desaparece, sino que será realizado, ya a título profesional, por compañías especializadas. Es en este momento cuando puede afirmarse que los seguros de crédito nacen en su forma moderna.

El seguro de caución, en ese contexto, aparece todavía ligado al seguro de crédito, constituyendo una subespecie de éste. Figuras como seguro-aval, seguro de fianza, seguro-caución, seguro-protoso, seguro de afianzamiento, seguro de infidelidad, seguro de incumplimiento... se incluyen dentro de la tipología de crédito, y los diferentes contratos son realizados, indistintamente, por compañías sin especializar.

Su configuración dependerá, en principio, del riesgo a asumir – insolvencia provisional, insolvencia definitiva, infidelidad, falta de pago, o retraso del mismo... y de la forma de redacción de la póliza en su clausulado.

1.3. Los primeros teóricos

Se considera al italiano Bonajuto Paris Sanguinetti como el primer teórico del seguro de crédito. Su libro *Essai d'une nouvelle théorie pour appliquer le systèmes des assurances aux dommages des faillites*, publicado en Livourne en 1839, describe un método basado en la mutualidad de los riesgos como medio de protección contra la falta de pago de los créditos, quiebras y sus negativos efectos en cadena.

Jean Bastin⁴ describe la teoría de Sanguinetti, crear una sociedad mutua bajo la iniciativa de cada Cámara de Comercio, que recaudarán de cada uno de sus

⁴ Jean Bastin. *El Seguro de Crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*. 1993. Editorial Mapfre.

miembros una cotización anual para constituir un fondo de garantía propio de cada comerciante. Bastin considera que, al basar Sanguinetti su teoría en el principio de la mutualidad de los riesgos, en el cálculo de la prima y en el estudio de la intensidad del riesgo en los distintos sectores económicos, puede ser calificado como “el inventor científico de los sistemas que se han desarrollado más tarde con el propósito de proteger a los acreedores contra el fenómeno de la quiebra: el seguro de crédito, el seguro de caución y los fondos de garantía”.

Por lo que al seguro de caución se refiere, fue el profesor austríaco Von Liebig⁵ el que instituyó sus bases. Al entender que la forma del seguro de crédito concluida por el deudor era la más adecuada para evaluar el riesgo, fue el primer teórico que consideró la posibilidad de la suscripción de este seguro por cuenta ajena – lo que hoy es uno de sus presupuestos –. Si analizamos el mecanismo de la garantía propugnado por él – el asegurador expide al deudor un título de garantía, que es entregado por éste al acreedor asegurado, en garantía del cumplimiento de la obligación –, es fácil concluir que el esquema propuesto no difiere de la práctica actual del seguro de caución e, incluso, puede considerarse el documento por él descrito como el precedente de las llamadas “fianzas” que, junto con la póliza, expiden actualmente los aseguradores de caución.

1.4. Los primeros aseguradores

Con independencia de la cobertura de los riesgos de crédito que, de forma esporádica, realizaron algunas compañías en el siglo XVIII, y la de los riesgos de infidelidad que surgieron en Inglaterra alrededor de 1720, la primera póliza fue realizada en 1831 por el **Banco Adriático di Assicurazione en Trieste**, práctica que fue seguida por **Assurances Generales de Trieste** (actualmente **Assicurazioni Generali**) en 1837, año en el que ésta acepta el extender su cobertura a los riesgos inherentes al crédito.

Del análisis de las mismas puede concluirse, según Javier Camacho, que en ellas se articulaba una operación identificable con el seguro de caución. Así, la cobertura que otorgaba el asegurador entraba en funcionamiento cuando el asegurado demostraba – por medio del protesto – que no se había realizado el pago por el deudor, pago que entonces era efectuado por el asegurador en el mismo momento de la notificación. A efectos del mismo, era irrelevante que el deudor se encontrara o no en un estado de insolvencia que significase la pérdida total del crédito (si así se exigiera nos encontraríamos con un seguro de crédito en sentido estricto).

También se incluyen los acuerdos de cesión del crédito al asegurador y la renuncia por parte de éste a los beneficios de excusión y división, acuerdos que son frecuentes en la práctica actual de los seguros de caución.

⁵ Ver: FONTAINE. Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit. Bruselas, 1960.

Javier Camacho⁶ cree que ya en los primeros seguros que cubrían los riesgos del crédito, pueden encontrarse operaciones referidas tanto al seguro de insolvencia como al seguro de caución.

La confusión de estas prácticas –seguro aval, seguro de caución, seguro protesto, seguro de fidelidad o malversación... – no es sino consecuencia de un concepto poco depurado de lo que constituían estas operaciones– bancarias o asegurativas –, así como de la distinta consideración del siniestro utilizada en la técnica de este seguro: la pérdida del crédito motivada por la insolvencia del deudor, el deterioro del mismo como consecuencia de la falta de pago al vencimiento o el comportamiento fraudulento de un empleado. Pese a todo, consideramos que estas distintas modalidades, en su origen, estaban comprendidas en la práctica del “seguro de crédito”.

Así, mientras que en Francia o Italia el asegurador solía pagar la indemnización en el momento en que se producía el impago del deudor, esto es, al vencimiento, en Inglaterra la indemnización sólo tenía lugar si el deudor era declarado insolvente.

Algunos autores comenzaron a distinguir el seguro de crédito del de caución en atención a la personalidad del contratante y del beneficiario. De este modo, cuando el que contrataba era el deudor en beneficio del acreedor, se realizaba un seguro de caución, si el contratante era el propio acreedor, el seguro se consideraba de crédito en sentido estricto.

Sin embargo, a estas prácticas les faltaba, a veces, un carácter que, en nuestra opinión, es esencial a efectos de individualizar el seguro de caución: su función caucional, esto es, el tener –como fundamento de su constitución– la sustitución de la garantía constituida por un depósito de dinero o títulos.

1.5. Reconocimiento legislativo

Si tenemos en cuenta que la *reprise d'assurance* – o *seguro subsidiario* – fue la primera manifestación de los seguros de crédito, puede también considerarse que los repertorios legislativos **Guidon de la Mer, Ordenanzas de Sevilla de 1556, Ordenanzas de Burgos, Ordenanza de Colbert de 1681. Ordenanzas de Seguros y Averías de Hamburgo de 1731, Ordenanza Sueca de 1750**, – que ya aludían a esta práctica aseguradora – junto con otros de la época, constituyen los primeros reconocimientos legales de nuestra figura.

En su sentido actual, la mayoría de la doctrina sitúa su reconocimiento legislativo en el **Código de Comercio Italiano de 1882**. Un acreedor puede asegurar la solvencia de su deudor: el asegurador tendría el beneficio de discusión, salvo que se establezca lo contrario. A pesar de ello, este precepto

⁶ Vide. Javier Camacho de los Ríos. *Op. Cit.*

no contribuyó grandemente a la construcción dogmática del seguro de crédito, hasta el punto de que no fue recogido en los códigos posteriores.

Posiblemente, fue en Bélgica donde este seguro tuvo su primer reconocimiento legislativo. En concreto, la Ley Belga de Contrato de Seguro de 1874 declaraba, en el artículo 6 *“Un créancier peut faire assurer la solvabilité de son débiteur; l’assureur pourra se prévaloir du bénéfice de discussion, sauf convention contraire”* (*“Un acreedor prefiere asegurarse de la solvencia de su deudor; el asegurador podrá hacer valer el beneficio de discusión salvo que existiera pacto en contra”*), con lo que se admitía la posibilidad de la práctica de los seguros de crédito.

CAPÍTULO II EL RIESGO

2. EL RIESGO

2.1. Consideraciones generales

En la terminología aseguradora, se emplea este concepto para expresar indistintamente dos ideas diferentes: de un lado, riesgo como objeto asegurado; de otro, riesgo como **posible ocurrencia por azar de un acontecimiento que produce una necesidad económica** y cuya aparición real o existencia se previene y garantiza en la póliza y obliga al asegurador a efectuar la prestación, normalmente indemnización, que le corresponde. Este último criterio es el técnicamente correcto, y en tal sentido se habla de riesgo de incendio o muerte para aludir a la posibilidad de que el objeto o persona asegurados sufran un daño material o fallecimiento, respectivamente; o se habla de riesgos de mayor o menor gravedad, para referirse a la probabilidad más o menos grandes de que el siniestro pueda ocurrir.

En su libro “Manual de Introducción al Seguro”, Antonio Guardiola⁷ al hablar del Riesgo establece que éste tiene las siguientes características esenciales:

a) *Incierto o aleatorio*

Sobre el riesgo ha de haber una relativa incertidumbre, pues el conocimiento de su existencia real haría desaparecer la aleatoriedad, principio básico del seguro.

b) *Posible*

Ha de existir posibilidad de riesgo; es decir, el siniestro cuyo acontecimiento se protege con la póliza debe “poder suceder”. Tal posibilidad o probabilidad tiene dos limitaciones extremas: de un lado, la frecuencia; de otro, la imposibilidad.

La excesiva reiteración del riesgo y su materialización en siniestros atenta contra el principio básico antes aludido: el “aleas”. Una gran frecuencia, por ejemplo, en el seguro de Automóviles, aparte de resultar antieconómica para el asegurador, convertiría a la institución aseguradora en un servicio de conservación o reparación de vehículos que, lógicamente, podría ser

⁷ Antonio Guardiola Lozano. Manual de Introducción al Seguro.2001. Editorial Mapfre.

prestado, pero en tal caso su precio no sólo sería más elevado, sino que tendría una naturaleza completamente distinta.

Del mismo modo, la absoluta imposibilidad de que el riesgo se manifieste en siniestro situaría a las entidades aseguradoras en una posición privilegiada, al percibir unos ingresos no sujetos a contraprestación, lo cual resultaría tan absurdo como la reiteración continua de siniestros.

c) *Concreto*

El riesgo ha de ser analizado y valorado por la aseguradora en dos aspectos, cualitativo y cuantitativo, antes de proceder a asumirlo. Sólo de esa forma la entidad podrá decidir sobre la conveniencia o no de su aceptación y, en caso afirmativo, fijar la prima adecuada.

Una designación ambigua del riesgo que pretende asegurarse, una inconcreción de sus características, naturaleza, situación, etc., imposibilitan el estudio y análisis previos a la aceptación del mismo. Igualmente, no puede garantizarse un riesgo cuya valoración cuantitativa escape de todo criterio objetivo basado en la experiencia o en unos cálculos actuariales que determinen, al menos con aproximación, la prima que habría de establecerse.

d) *Lícito*

El riesgo que se asegure no ha de ir, según se establece en la legislación de todos los países, contra las reglas morales o de orden político, ni en perjuicio de terceros, pues de ser así, la póliza que lo protegiese sería nula automáticamente.

e) *Fortuito*

El riesgo debe provenir de un acto o acontecimiento ajeno a la voluntad humana de producirlo. No obstante, es indemnizable el siniestro producido a consecuencia de actos realizados por un tercero, ajeno al vínculo contractual que une a la entidad y al asegurado, aunque en tal caso la aseguradora se reserva el derecho de ejercitar las acciones pertinentes contra el responsable de los daños (principio de subrogación).

f) *Contenido económico*

La realización del riesgo (siniestro) ha de producir una necesidad económica que se satisface con la indemnización correspondiente.

g) *Riesgo asegurable*

El que, por su naturaleza, es susceptible de ser asegurado por cumplir los caracteres esenciales del riesgo.

2.2. El riesgo en el seguro de Caución. El riesgo de insolvencia

El Profesor Camacho de los Ríos, en su obra, ya citada, sobre El Seguro de Caución. Estudio Crítico, dice que *“de entre las distintas cuestiones que surgen con ocasión del estudio del riesgo en el seguro de caución, dos son de particular interés: la delimitación del riesgo y su consideración como riesgo asegurable”*.

▪ *Delimitación del riesgo*

En la doctrina se reflejan distintas teorías a causa de las diferentes consideraciones que se hacen del seguro de caución como seguro de crédito en sentido amplio, en la medida en que seguro de caución y seguro de crédito (en sentido estricto, esto es, de insolvencia), pueden ser clasificados como seguros de crédito por razón del objeto asegurado: un derecho de crédito.

Así, para algunos autores, el seguro de caución, al parecer necesariamente vinculado al seguro de crédito, cubre el mismo riesgo que éste: la insolvencia del deudor.

Para otros autores, sin embargo, y aún aceptando tal vinculación, ambas formas de seguro cubren riesgos distintos: la insolvencia del deudor es el riesgo propio del seguro de crédito, mientras que el riesgo en el seguro de caución no es sino el mero incumplimiento.

Por último, existe una minoría de autores que rechaza toda vinculación entre el seguro de crédito y el seguro de caución, entendiendo que cubren riesgos distintos sobre objetos diferentes.

La doctrina mayoritaria se ha decantado por la segunda de las soluciones – el riesgo cubierto por el seguro de caución se identifica con el incumplimiento del deudor principal –, lo que ha suscitado el interrogante de si el riesgo, así entendido, es compatible con el principio indemnizatorio, en definitiva, si es un riesgo asegurable o no.

Antes de entrar a analizar esta compleja cuestión, conviene hacer una breve exposición de los autores que identifican el riesgo –en el seguro de caución– con la insolvencia del deudor.

El riesgo cubierto, ¿es la insolvencia? La vinculación del seguro de caución al seguro de crédito ha significado para algunos autores, una identificación de estos seguros en razón del riesgo cubierto, la pérdida o el deterioro del crédito, que sólo puede estar causada por la insolvencia del deudor. No obstante, obtener una visión conjunta de ambos seguros en atención al riesgo cubierto nos parece confuso, pues entendemos que una visión globalizadora de estos seguros sólo puede ser realizada teniendo como punto de vista lo que

constituye el “objeto sobre el que recae el interés asegurado”⁸ – el crédito –, pero nunca en atención al riesgo. Estos seguros cubren riesgos bien distintos. Así, en el seguro de crédito el riesgo viene constituido por la insolvencia, lo que deviene en incumplimiento, mientras que en el de caución es el simple incumplimiento.

2.3 El riesgo de incumplimiento

Si atendemos a la función que cumple el seguro de caución en el tráfico económico⁹, se comprueba que ésta es identificable con la sustitución de un depósito realizado por el deudor, en dinero o títulos, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones que, al ser líquido, permite al acreedor autosatisfacerse si llegado el momento el deudor no cumple.

Esta función caucional es la que nos permite identificar el riesgo en el seguro de caución, pues el acreedor le induce a exigir la constitución del depósito, como medio que le garantice la indemnización ante la posibilidad de que el deudor incumpla y si aceptamos que el seguro de caución cumple una función caucional – como sustituyo del depósito, no cabe sino concluir que el riesgo que éste cubre debe ser el mismo para el que se impuso el deber de constituir el depósito.

En el seguro de caución no se cubre la reparación de un daño definitivo, sino que lo que se cubre es el exacto cumplimiento de la obligación principal. Así, en los seguros de caución constituidos a favor de la Administración pública, la garantía del asegurador es sustitutiva del depósito preventivo de una suma (caución) que, como tal, garantiza plenamente a la Administración la posibilidad de autotutela en caso de que se produzca el incumplimiento del deudor.

De este modo, para un amplio sector doctrinal, el riesgo cubierto por el seguro de caución es (como se deduce claramente en algunas legislaciones, como por ejemplo del tenor literal del artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro en España) el incumplimiento del deudor-tomador de sus deberes legales o contractuales del que se deriva un daño patrimonial para el acreedor.

La diferencia fundamental entre seguro de crédito y seguro de caución radica en que el riesgo en el primero gira en torno a la noción de insolvencia definitiva, mientras que el segundo es un seguro que protege al acreedor contra la insolvencia del deudor.

Para Garrigues, el seguro de caución protege al acreedor contra el incumplimiento del deudor. De ello se deduce que la diferencia entre seguro de crédito y seguro de caución no es tanto la esencia como el grado de riesgo al

⁸ Olivencia Ruiz M. Seguros de Crédito, Caución, Responsabilidad Civil y Reaseguro, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. 1982. Madrid.

⁹ Vide. Javier Camacho de los Ríos. Op. Cit. Pág. 93 y siguientes.

que cada uno se refiere. En efecto, lo que caracteriza al seguro de caución es la entidad del riesgo cubierto, el simple incumplimiento del deudor.

2.4. Asegurabilidad

Una vez concluido que el riesgo asegurado no puede ser otro que el incumplimiento por el tomador de sus obligaciones derivadas de la relación jurídica principal, hemos de plantearnos la cuestión de si el incumplimiento, como tal, es susceptible de considerarse como riesgo – tal y como se viene entendiendo éste en la tradicional doctrina de seguros – y, más concretamente, si es un riesgo asegurable.

Dentro de la categoría de los seguros de cosas, el seguro de caución se ha considerado, tradicionalmente, como un seguro de daños en el patrimonio.

Teniendo esto en cuenta, el problema que se plantea es si también el seguro de caución tiene, en la práctica, una función indemnizatoria, y, en consecuencia, si el riesgo cubierto por él es o no asegurable.

Dicha cuestión – asegurabilidad o no asegurabilidad del riesgo en el seguro de caución – está íntimamente ligada con la anterior, ya que es admitido por la doctrina que, mientras que el riesgo que supone la insolvencia de un deudor puede ser perfectamente asegurado – en cuanto que presupone la pérdida definitiva de un crédito –, la consideración del incumplimiento como riesgo hace patente la dificultad de encuadrarlo en el esquema clásico del riesgo, en cuanto que éste descansa en la posibilidad de un evento dañoso que, en algunas modalidades del seguro de daños y, en especial y por lo que a nosotros concierne, en el seguro de caución, quiebra, o al menos parece que quiebra, el principio indemnizatorio, por cuanto es dudosa la existencia de un daño. Es por ello comprensible que algunos autores, bajo la consideración de que sin daño no hay riesgo, y sin éste seguro, concluyan que el seguro que nos ocupa no es tal, sino un contrato de fianza.

En efecto, un amplio sector de la doctrina italiana ha negado la naturaleza asegurativa del seguro de caución precisamente sobre la base de que en éste no se cubre daño alguno, puesto que sólo la pérdida definitiva del valor de un crédito – pérdida que no se puede entender producida por el mero incumplimiento – es susceptible de causar un perjuicio patrimonial al acreedor.

Frente a ello, la defensa de la asegurabilidad del incumplimiento se ha hecho desde dos ópticas distintas: *a)* para algunos autores, tal asegurabilidad del incumplimiento se basa en que éste no es incompatible con el principio indemnizatorio; *b)* para otros, sin embargo, la consideración del incumplimiento como riesgo asegurable se basa en la consideración de que el principio indemnizatorio no es elemento esencial del contrato de seguro.

- a) El primer grupo entiende que daño asegurable no es sólo la pérdida definitiva de un crédito, sino cualquier lesión de un interés económico. Puesto que con el incumplimiento se verifica una lesión en los intereses económicos del acreedor, no parece que pueda negarse que, desde un punto de vista jurídico, también ese interés (el del exacto cumplimiento) pueda constituir el presupuesto válido de un contrato de seguro, a través del cual el acreedor quede cubierto del riesgo de incumplimiento.

Quienes niegan que el incumplimiento supone un daño para el asegurado, desconocen que la falta de ingreso de una determinada cantidad de dinero o la falta de cumplimiento de una concreta obligación, producen daños efectivos en la economía del acreedor, ya que no sólo hay que tener en cuenta el beneficio económico inmediato que se obtiene con el pago, sino también el futuro empleo de dichos beneficios.

- b) Como hemos señalado anteriormente, para otro sector doctrinal el problema se resuelve desde otros planteamientos. Así habrá de admitirse que, si bien es cierto que el principio indemnizatorio aparece siempre en ciertas formas de seguro, no por ello ha de configurarse como elemento imprescindible y esencial de todo contrato de seguro.

Así, Fontaine entiende que el principio indemnizatorio no es esencial en el contrato de seguro, sino una regla externa al contrato destinada a obstaculizar los daños producidos por los siniestros de realización voluntaria.

En opinión de Javier Camacho¹⁰, *“la única objeción que puede hacerse a ambos planteamientos es la siguiente: ¿qué es, entonces, lo que delimita o caracteriza al seguro de caución frente a otras formas de garantía? La solución parece que está estrechamente vinculada a la intervención en la conclusión del contrato, de una empresa aseguradora, así como al sometimiento a los principios de técnica asegurativa”*.

2.5. Naturaleza jurídica del seguro de Caución

Este tema, comenta Javier Camacho¹¹ ha sido ampliamente estudiado por la doctrina. Así, Dusi y De Zuliani (Le assicurazioni cauzionali, elementi di tecnica e diritto, Venecia 1958) tras calificar al seguro de caución como una de las formas de aseguramiento del crédito, consideran que, bajo tal denominación, se encuadran todas aquellas formas de garantía en las que se sustituye, con una póliza de seguro, la caución real que, por contrato o por ley, deber ser prestada por determinadas personas, en garantía del cumplimiento de las obligaciones que surgen con ocasión de una determinada relación jurídica.

¹⁰ Vide. Javier Camacho de los Ríos. Op. Cit.

¹¹ Vide. Javier Camacho de los Ríos. Op. Cit.

Por su parte, Ravazzoni (La fideiussione. Milano 1957) entiende que la finalidad del seguro de caución y la de la caución (entendida ésta como depósito de dinero o títulos) son absolutamente idénticas: garantizar al acreedor que su crédito será satisfecho. Ciertamente es que el medio utilizado en cada caso es distinto. Así, en la caución, tiene el acreedor la posibilidad de autosatisfacción, en la medida en que puede, preventivamente, incautar la caución. En el seguro del mismo nombre, sin embargo, la satisfacción del crédito va a depender del acto de cumplimiento de un tercero. Pero, en cualquier caso, se trata de una diferencia en cuanto al medio de operar, manteniéndose idéntica la finalidad.

En opinión de Javier Camacho de los Ríos, ha de afirmarse la función caucional del seguro de caución, dado que la razón de su nacimiento es, precisamente, sustituir la caución que, en ciertos casos, debe ser prestada por determinadas personas y ello ya que, cualquiera que sea la amplitud que quiera dársele a la noción de caución, lo que parece claro es que el seguro de caución, al ser concertado con una entidad aseguradora – que habrá de reunir ciertos requisitos en cuanto a capital social, reservas, etc. – es fianza suficiente, susceptible de sustituir la prestación de una caución. De ese modo, la póliza de caución se configura como medio de instrumentar la caución que, con motivo de la realización de ciertas operaciones, ha de ser prestada.

La obligación que, en virtud del seguro de caución, asume el asegurador, ha de calificarse como de fideiusoria, en la medida en que el seguro de caución está destinado a proteger al asegurado frente al incumplimiento del tomador-deudor y, más concretamente, a salvaguardar el interés económico de aquél en la obligación garantizada. Además, teniendo en cuenta la función caucional de la póliza, esto es, la sustitución de una garantía de tipo real, su finalidad no puede ser otra que aquella figura a la que sustituye: garantizar el cumplimiento de una obligación.

No obstante, aunque la doctrina que sostiene que la posición que ocupa el asegurador es la de un fiador es mayoritaria, no existe acuerdo a la hora de determinar, no ya la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador, sino la naturaleza contractual de la póliza de caución.

Para un amplio sector doctrinal, la mera presencia de una empresa de seguros, así como el sometimiento a los principios de técnica asegurativa, son elementos suficientes para determinar la naturaleza jurídica del contrato por aquélla celebrado.

En contra se mantiene Font Galán¹², para quien la intervención de una entidad aseguradora constituye un dato técnico y organizativo, externo a la obligación contraída por aquélla, pero, en ningún caso, relevante para la determinación de la naturaleza jurídica de la póliza. Por lo que respecta a la doctrina italiana, y

¹² FONT GALAN (“Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni”, en Assicurazioni, 1976, I. p. 223).

dentro de la misma línea de opinión, pueden consultarse Mazzoni y Brugliere¹³, que entienden que la causa del contrato no va a ser distinta por el hecho de que en el contrato intervenga una entidad aseguradora o un banco.

Desde este punto de vista, y por lo que respecta a la calificación del seguro de caución, cabe afirmar que el elemento subjetivo puede justificar la naturaleza asegurativa de dicho seguro.

¿Cuál es la opinión de la jurisprudencia y de la doctrina española sobre este asunto?

Al hablar del seguro de Caución la jurisprudencia española no parece tener dudas sobre su pertenencia al campo del seguro y más en concreto a la categoría de seguro de daños, aunque reconoce su singularidad debido a su obvia finalidad de garantía, no siempre de fácil de encaje en los moldes tradicionales del contrato de seguro.

Como acabo de comentar gran parte de la jurisprudencia española tiene claro que una cosa es la fianza y otra el seguro de Caución y así en la sentencia del Tribunal Supremo de España de 2003 se dice: "...mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de este, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiese producido".

Sea cual sea la distinción conceptual entre seguro de caución y fianza lo cierto es que (como dice Embid Irujo en su ponencia "Problemas actuales del seguro de caución" recogida en el libro "Las tendencias actuales de los contratos de garantía" editado por Atelier y la Fundación MAPFRE Estudios en el año 2005) no obstante sus aparentes diferencias el propio tribunal supremo comenta "las dificultades de separar claramente ambas figuras debido a la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos"

Pues bien, continua Embid Irujo, esta "idéntica función de garantía" ha llevado a la doctrina española a entender, de manera claramente mayoritaria, que la obligación asumida por la entidad aseguradora en el seguro de caución es una obligación de naturaleza fideiusoria y a ser menos entusiasta sobre este tema, es decir sobre el hecho de que el seguro de Caución sea realmente un seguro y no una fianza. El fondo de la cuestión no es otro que la función caucional del seguro de Caución. El seguro de caución es una figura creada para superar los inconvenientes prácticos de la entrega de una caución real, en dinero o valores, por parte del deudor al acreedor como instrumento de prevención y cobertura de un posible incumplimiento de su obligación. De darse este, el acreedor hará suya la caución.

¹³MAZZONI, y BRUGLIERE. "La polizza fideiussoria", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm.2, 1986, p. 378.

Los inconvenientes de la entrega de una caución, es decir de dinero o valores, son bien conocidos y una forma adecuada de superarlos se logra a través de figuras como la fianza o el seguro de Caución, en las que el carácter real de la caución desaparece ocupando su lugar la garantía personal de un profesional, una compañía de seguros o un afianzador, pero con tal de que esta sustitución en la naturaleza de la garantía, de real a personal, otorgue al acreedor una posición equivalente en ambos casos. Para conseguirlo, alguna parte de la doctrina española piensa que el siniestro, la reclamación del acreedor ha de configurarse de un modo objetivo y no discutible, que implique en última instancia el deber de la aseguradora de pagar sin dilación la suma establecida como cobertura.

Ante los argumentos de la falta de accesoriedad en el seguro de caución, lo que técnicamente iría contra la naturaleza fideiusoria de este, la doctrina cree que la accesoriedad también es predicable de la garantía constituida a través del seguro de caución. Aunque esta opinión no es unánime, los que la apoyan creen que el seguro de caución y más concretamente la obligación del asegurador tiene carácter accesorio en la medida en que sólo el incumplimiento, o si se prefiere la falta de cumplimiento de la obligación garantizada dará lugar al pago de la indemnización. Esta opinión mayoritaria en España también lo es en la doctrina europea y lo mismo puede decirse de la subsidiariedad, característica de la fianza que también se da en el seguro de caución, en la medida en que la eficacia de este deriva del éxito de la denuncia de incumplimiento que debe hacer el acreedor/beneficiario, de tal manera que el asegurador podrá siempre oponerse a la pretensión del beneficiario si este no demuestra el incumplimiento del tomador.

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

3.1. Definición de fianza y definición de seguro de Caucción

En un sentido amplio, como indica José Castán Tobeñas¹⁴ se llama fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación, pero en un sentido más estricto y técnico, fianza es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal.

Otros tratadistas la definen como el contrato por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal subsidiariamente, es decir, cuando el deudor no la cumple.

De estas definiciones se deduce que son elementos que caracterizan a la fianza:

1. La accesoriedad de la obligación, ya que la fianza no puede concebirse sino por la existencia de una obligación principal, y
2. La subsidiaridad, por virtud de la cual el fiador sólo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación.

Tanto uno como otro de los elementos, ya no son considerados por la doctrina como esenciales, puesto que se admiten las fianzas incondicionales, que son abstractas y no accesorias, y además en la práctica totalidad de las fianzas el fiador se obliga solidariamente con el deudor.

El Código Civil Español define en su Art. 1.838 la fianza diciendo que “por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”. Con más vigor el Código Civil Alemán dice que “por el contrato de fianza el fiador se obliga hacia el acreedor de otro, a responder del cumplimiento de la deuda de éste”.

¹⁴ *Derecho Civil Español. Común y Foral. Instituto Editorial. Madrid 1956.*

Hemos definido qué es la fianza y ahora definiremos qué es el seguro de caución diciendo que es el seguro que garantiza al acreedor de una obligación el resarcimiento de los daños que puede provocar su incumplimiento.

Podríamos decir que por el seguro de caución, el asegurador, garantiza al acreedor (asegurado) el cumplimiento de las obligaciones contractuales o legales del tomador del seguro.

3.2. Las partes que intervienen en el seguro de Caución y su relación entre ellas

Como hemos visto en la definición del seguro de Caución, en el mismo intervienen tres partes claramente diferenciadas: **el asegurador, el tomador del seguro** o contratante, que asume todas las obligaciones frente al asegurado y que, además, va a ser eventualmente el factor desencadenante del siniestro, y **el asegurado** que es el que tiene derecho a la prestación indemnizatoria del asegurador.

De este seguro se derivan, por tanto, una dualidad de relaciones jurídicas entre el asegurador y el contratante, por un lado (pago de la prima, obligación de reembolso en caso de siniestro), y, por otro, el asegurador y asegurado.

Relaciones contractuales o legales entre las partes que intervienen en el seguro de caución

En el seguro de caución siempre intervienen tres partes cuyas relaciones podemos representarlas de la siguiente manera¹⁵:



Las relaciones de las tres partes que configuran el seguro de caución son las siguientes:

¹⁵ No en todos los países existe la misma denominación que aquí empleamos, pero los conceptos son siempre los mismos.

- Entre el “tomador del seguro” y el “asegurado”, existe un contrato (normalmente un contrato 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 sería el del Ministerio de Obras Públicas de un país que firma un contrato con una empresa constructora para la realización de una autopista, exigiéndole una caución que garantice la correcta ejecución del contrato.

En ocasiones, el vínculo entre asegurado y tomador no es un contrato sino una disposición legal, por ejemplo, una norma fiscal que obliga al importador (tomador del seguro) a pagar un impuesto a la Aduana de su país (beneficiario/asegurado).

- Entre el “asegurado” o “beneficiario” y el “asegurador” o “afianzador”, 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 en el párrafo anterior) va a cumplir sus obligaciones contractuales y, en caso contrario, el asegurador/afianzador se compromete a pagar como indemnización o penalización, el importe pactado en la garantía.

No en todos los países el contrato que regula las relaciones entre asegurado y asegurador recibe el nombre de garantía, ya que 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. Algunos de los textos de las garantías ya establecen cuando se considera ocurrido el incumplimiento y como debe hacerse el pago de la garantía. En otros casos hay que acudir a la legislación de que se trate para determinar estos aspectos.

- Entre el “asegurador” o “afianzador” y el “tomador del seguro”, el vínculo lo establece la póliza de seguro de caución. En dicha póliza lo más importante es el derecho de repetición o reembolso, que los códigos civiles modernos reconocen 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. 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.

Normalmente la póliza no es conocida por el asegurado/beneficiario y por ello su contenido no le afecta. Hay países en los que las relaciones del asegurador con el tomador y con el asegurado se formalizan en un único contrato que, normalmente se llama póliza, en el que todas las partes asumen derechos y obligaciones (sería, por ejemplo, el caso de Colombia y Chile). En dichas

circunstancias, normalmente, el asegurador se encuentra, respecto del tomador, en condiciones de menor fortaleza jurídica ya que la presencia del asegurado en el contrato o póliza, limita su capacidad de negociar cláusulas que le favorezcan en caso de disputas.

3.3 Diferencias entre el seguro de Caución y el seguro de Crédito

La diferenciación entre seguro de caución y seguro de crédito, se centra para Javier Camacho¹⁶ en tres aspectos fundamentales:

1. *Primero*, en cuanto a los sujetos intervinientes: así, mientras que en el seguro de crédito tomador y asegurado son siempre la misma persona, en el seguro de caución – como hemos visto – tomador y asegurado son sujetos distintos. Tomador es la persona que contrata el seguro y cuya conducta puede ser desencadenante del siniestro; por su parte, asegurado es el titular del interés cubierto por el seguro, quien ocupa, frente al asegurador una posición acreedora, siendo el beneficiario de la eventual indemnización.
2. *Segundo*, en el riesgo; así, mientras que el seguro de crédito tiene por objeto indemnizar la pérdida definitiva que sufre el asegurado (acreedor) como consecuencia del impago de la obligación por insolvencia del deudor, el seguro de caución tiene por objeto la reparación del daño derivado del mero incumplimiento del deudor, daño que, en muchos países, está evaluado *a priori* legal o convencionalmente.
3. *Tercero*, en la forma de contratación; mientras que en el seguro de crédito el acreedor pretende cubrir todo su volumen de negocios –, siendo usuales las denominadas **pólizas globales** o **flotantes**, en el seguro de caución se cubren operaciones concretas, empleándose, por tanto, **pólizas individuales**.

Posiblemente la mayor diferencia es el riesgo cubierto: el seguro de crédito protege al acreedor frente a la insolvencia definitiva del deudor, mientras que el seguro de caución protege al acreedor frente al mero incumplimiento del deudor.

3.4. El pago de la prima

La prima es la contraprestación económica que recibe el asegurador del tomador, que es el obligado a pagarla, por la garantía que emite a petición de éste. Alguna parte de la doctrina, por ejemplo, Tirado Suárez, entiende que

¹⁶ Vide. Javier Camacho de los Ríos. Op. Cit.

nada se opone a que sea el asegurado el que pague la prima. La práctica hace de esta posibilidad una utopía.

En el tema del pago de la prima, el problema principal que se plantea es el de saber qué ocurre si el tomador no la paga. Este es un tema importante, porque un buen número de legislaciones, si no todas, al regular el contrato de seguro establecen que el impago de la prima cancela la cobertura. Así, por ejemplo, el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguros española dice que *“salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación”*.

El tema no es baladí, ya que hay alguna jurisprudencia que ha dado la razón a alguna compañía de seguros de Caución que se ha opuesto al pago del siniestro, argumentando el impago de la prima.

¿Es conveniente que el sector asegurador utilice la posibilidad de rechazar siniestros por esta razón? Creemos que no, ya que la propia validez del seguro de caución sería puesta en cuestión, y en aquellos países en los que se aceptase otro tipo de garantías, por ejemplo, las bancarias, éstas serían, sin lugar a dudas, las preferidas por los asegurados.

De hecho, no es infrecuente ver, en la póliza de seguro de caución, entendiéndola como el contrato que regula las relaciones entre asegurador y tomador, cómo el asegurador parece renunciar a la posibilidad de quedar liberado de su obligación en caso de impago de la prima, ya que en el apartado en el que se refleja la obligación del tomador de pagar la prima, se suelen incluir frases del tenor: *“el impago por el tomador de la primera prima o de cualquiera de las siguientes, facultará a la compañía a exigir su pago en vía ejecutiva”*, sin mencionar nada sobre la cancelación de la cobertura.

De hecho, en algunas modalidades de afianzamiento, como ocurre en los seguros de afianzamiento de cantidades anticipadas que se exige por mandato legal en España, se dice expresamente que *“frente al asegurado (el comprador de la vivienda) el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro”*. Posiblemente esta protección legal específica se deba a que en esta modalidad de afianzamiento, el beneficiario o asegurado es, por lo general, un particular que se está comprando su vivienda, y no un órgano de la administración pública.

En cualquier caso, en aquellos países en los que no está claramente expresado qué ocurre en caso de impago de la prima, es habitual ver que la administración pública y los organismos que de ella dependen, se curen en salud y ante la posible oposición del asegurador al pago del siniestro por impago de las primas, introduzcan en los textos de las garantías, e incluso en ocasiones en disposiciones de carácter legal, cláusulas que hagan imposible utilizar este hecho. Algo que, por otra parte, encuentra amparo legal en muchas legislaciones, ya que el derecho a cancelar la cobertura por impago de las primas es renunciable y puede pactarse lo contrario.

Así, podemos encontrar cláusulas de este o parecido estilo:

“... la falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación caso de que tuviera que hacer efectiva la garantía...”.

Y como dice Ernesto García Trevijano en su monografía “El Régimen de las Garantías en la Contratación Administrativa, publicada por Civitas (España)”: *“...y no otra podría ser la solución si se tiene en cuenta que, caso de que el impago de las primas permitiera al asegurador extinguir el contrato de seguro de caución o provocar la suspensión de su cobertura por tal razón, quedaría enteramente en manos del licitador o contratista la pervivencia de la garantía constituida a favor de la Administración contratante, y a nadie se le escapa que ante una mala situación económica del contratista y el consiguiente impago de las primas correspondientes, la Administración se encontraría, no sólo ante el eventual incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, sino también ante la desaparición del aseguramiento en que se traduce la garantía exigida al licitador o contratista (garantía que – se insiste – debe permanecer incólume hasta la extinción de las obligaciones de dicho licitador o contratista)”.*

En definitiva, la entidad aseguradora no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro, y las consecuencias que pudieran derivarse de la póliza de seguro de caución firmada entre asegurador y tomador del seguro, son ajenas a la garantía prestada por el asegurador ante el beneficiario.

3.5. La duración del seguro de Caución

Siendo, por lo general, la garantía emitida por una compañía de seguros, un contrato accesorio de otro principal, parece obvio que la duración de la misma será la de la obligación garantizada. Sin embargo, en algunas legislaciones los contratos de seguros tienen una validez temporal, previamente determinada.

En España, por ejemplo, dicha validez se fija en 10 años, aunque “podrá establecerse que se prorrogue una o más veces por períodos no superiores a un año cada vez”, lo que obliga al contratista, tomador del seguro, cuando las obligaciones garantizadas vayan a durar más que dicho plazo de 10 años, a prestar nueva garantía, salvo que acreditase la prórroga del contrato de seguro.

En España, y como dice E. García Trevijano en la obra mencionada anteriormente, *“... la situación queda de la siguiente manera: aunque en el contrato suscrito entre el tomador del seguro y la entidad aseguradora se hubiera previsto un plazo de duración inferior a diez años, teniendo en cuenta las normas sectoriales reguladoras de la garantía en los contratos administrativos, subsistirá la responsabilidad de la entidad aseguradora frente a*

la Administración contratante (que debe autorizar su cancelación) durante el plazo de duración de las obligaciones asumidas por el contratista. No obstante, si éstas superaran los diez años, el contratista estará obligado a presentar nueva garantía o a acreditar debidamente la prórroga del contrato de seguro, de tal manera que si así no lo hiciera, habrá que entender que habrá incurrido en causa de resolución culpable, con las consecuencias anejas. La responsabilidad de la entidad aseguradora no va más allá de los referidos diez años (salvo que existan prórrogas)”.

3.6. La prescripción en el seguro de Caución

Siendo muchas las variaciones de unas legislaciones y jurisprudencia de un país a otro, comentaré en este apartado la situación en España.

El criterio de la Audiencia Provincial en cuanto a la prescripción es que “el seguro de caución tiene analogía con el contrato de fianza aunque son figuras diferentes en cuanto a su naturaleza jurídica, contenido y efectos, siendo distintas las acciones que de ellos nacen. El plazo de prescripción de las acciones que derivan del seguro de caución es sólo de dos años, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley del Contrato de Seguro, mientras que las nacidas del contrato de fianza tienen el general de quince años de las acciones personales que establece el artículo 1964 del Código Civil”.

Como vemos, el hecho de que la garantía haya sido emitida por una compañía de seguros de caución, reduce el plazo de prescripción desde los 15 años que recoge el artículo 1961 del Código Civil, que es el que se aplicará a las fianzas bancarias, a los dos años “desde que la acción pudo ser ejercitada” que determina el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, como se recoge en todas las pólizas de las aseguradoras de caución españolas.

Esta circunstancia es desfavorable para el asegurado, que ve reducido su plazo para reclamar cuando el garante es una compañía de seguros, pero muy favorable a ésta, en cuanto garante, y al tomador del seguro, por las mismas razones que el asegurador.

A pesar de esta circunstancia, en España la validez de la fianza bancaria es idéntica a la de la garantía de la compañía de seguros y el tomador no sufre menoscabo alguno por presentar una u otra, lo que, al menos en la teoría, le harán inclinarse preferentemente hacia el sector asegurador en lugar de al bancario. Naturalmente hay otros criterios que el tomador del seguro tiene en consideración a la hora de optar entre la fianza bancaria o la garantía de la compañía de seguros (el precio, las contragarantías que unos u otros podrían requerir, la vinculación comercial...) y, por ello, el criterio del plazo de la prescripción no es determinante.

Existen en el derecho español algunas excepciones de plazo de prescripción a los dos años, y es el derivado de leyes de rango superior, que fijan para otras

obligaciones plazos de prescripción superiores. Mencionaremos, por ser la que más afecta a las compañías de seguros de caución, el plazo de prescripción de las obligaciones fiscales, que es de cuatro años, de tal manera que cuando un asegurador español garantiza una obligación fiscal, por ejemplo en las garantías aduaneras el plazo de prescripción será de cuatro años en lugar de dos, ya que el asegurador se rige ante el beneficiario, por lo que dice la garantía que ha emitido.

No debemos olvidar, por otra parte, que en la Unión Europea, el seguro de caución está dentro de los denominados seguros de “grandes riesgos”, y que dentro de los mismos lo que prima es la libertad de pacto y, solo subsidiariamente y para lo no acordado, la legislación en vigor.

3.7. La novación

Es muy frecuente que las obligaciones cuyo cumplimiento garantiza el asegurador, tengan modificaciones a lo largo de la duración del contrato. En ocasiones, las modificaciones son de naturaleza tal que podría hablarse de que se ha creado “otra” obligación.

La mayoría de los códigos civiles recogen la existencia de lo que se denomina “novación”. Por la novación se extingue la obligación antigua y con ella todos sus accesorios como, por ejemplo, la fianza. Así se recoge en algunos códigos al decir que *“la prórroga concedida por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza”*.

Estamos hablando hasta ahora de la denominada “novación extintiva”, pero no es la única que recogen los códigos civiles, ya que junto a ella existe la denominada “novación modificativa”, que se da cuando subsiste la misma obligación antigua, con modificaciones¹⁷.

El alcance práctico de que se trate de una novación extintiva o modificativa es muy grande, en cuanto que la obligación será la *misma* u *otra* y, por tanto, en este caso numerosos extremos serán diferentes para ella de lo que habrían sido para la primera.

La novación extintiva requiere:

- 1º Una obligación, verdaderamente existente, que se extingue.
- 2º Una obligación nueva, que verdaderamente nace, obligación que, *siento otra*, ha de discrepar en algo de la antigua.
- 3º La existencia de *“animus novandi”*, es decir, el deseo expreso o tácito de extinguir una obligación y dar lugar al nacimiento de otra, y ello por dos

¹⁷ ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil. José María Bosch Editor. Barcelona 1997.*

razones. La primera porque se correría el riesgo de admitir la extinción cuando no fuese seguro que se había producido, y la segunda, porque ante la duda hay que inclinarse por el menor efecto (“modificación” en lugar de “extinción”).

La novación modificativa se da cuando en un contrato:

1º Se varía su objeto o sus condiciones principales.

2º Se sustituye al deudor.

3º Se subroga a un tercero en los derechos del acreedor

En todos estos casos se *introducen cambio* en una obligación que, aunque modificada, *continúa viviendo*.

¿Qué ocurre con el seguro de caución que garantiza el cumplimiento de obligaciones que han podido novarse o modificarse? Es un hecho cierto que en la práctica totalidad de los contratos, las obligaciones cuyo cumplimiento garantizamos, sufren modificaciones a lo largo de la vida del mismo. ¿Supone esto la posibilidad de que el asegurador pueda considerar que la fianza se ha extinguido?

La respuesta no es fácil, ya que las situaciones en las que el fiador pueda encontrarse son muy diferentes y, por otra parte, en muchos países se discute sobre la accesoriedad del seguro de caución respecto de la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza.

Es obvio que dicha accesoriedad no existe en las garantías independientes y son también numerosos los autores que han afirmado el carácter autónomo del seguro de caución, aunque para un amplio sector doctrinal, la obligación del asegurador tiene carácter accesorio.

Los propios asegurados, por lo general organismos dependientes de la Administración Pública del Estado, son concededores de que los contratos van a sufrir modificaciones, fundamentalmente prórrogas tácitas o expresas, por el plazo de ejecución o de duración del contrato, y así lo recogen en la legislación sobre los Contratos de las Administraciones Públicas, para que dichas modificaciones no supongan la extinción de la fianza. También la doctrina asume como normales las modificaciones de las obligaciones en la contratación pública, sin que las mismas supongan la extinción de las fianzas, antes al contrario, afirman que dichas modificaciones supondrán en muchas ocasiones prorrogar también la duración del a fianza.

La Cámara de Comercio Internacional, en sus URCEB, Reglas para Fianzas Contractuales, establece categóricamente en su Artículo 6 que la modificación de la obligación contractual pactada entre asegurado y tomador no supone la extinción de la fianza (Ver capítulo XV).

No obstante lo dicho, el asegurador deberá extremar la precaución cuando le sea ejecutada una fianza, y conocer que se han producido modificaciones

“sustanciales”, tan sustanciales que de haberlas conocido de antemano le hubiera llevado a denegar el otorgamiento de la fianza. Podría ser éste el caso de una fianza que se emita para un contrato que tiene una duración prevista de, digamos 4 años, y que, debido a prórrogas concedidas por el asegurado, llega a durar 10 años, o contratos en los que se garantiza la ejecución de, digamos, unos pabellones deportivos y en su lugar se decide construir aulas para un colegio... sin notificárselo al afianzador. No será fácil que se acepte que ha habido una novación extintiva pero, en determinados casos, este argumento será lícito esgrimirlo. No será este el caso de las mil y una pequeñas modificaciones que los contratos cuyo cumplimiento garantiza el asegurador, experimentan durante la duración de los mismos.

CAPÍTULO IV CLASES DE GARANTÍAS

4. CLASES DE GARANTÍAS

4.1. Consideraciones generales

Dada la finalidad del seguro de caución – sustitución de una garantía real o caución propiamente dicha –, su campo de actuación es muy vasto, pudiendo ser aplicado a todas aquellas relaciones jurídicas que exigen un reforzamiento de su contenido obligacional.

No obstante, es necesario hacer una precisión: excluimos el análisis de los llamados “seguros de infidelidad” – o “seguros de malversación” –, de gran arraigo en los países sudamericanos y anglosajones, ya que éstos, al tener por objeto la cobertura de los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de un acto de infidelidad o falta de honradez de personas que están unidas por un vínculo laboral, se identifican con el aseguramiento de obligaciones de no hacer, o de “comportamiento negativo”, no ajustándose, por tanto, a nuestra idea de seguro de caución como medio de reforzamiento de un derecho de crédito en sentido amplio. Además, en estos seguros y a diferencia de lo que sucede en el de caución, el que ocasiona el siniestro no es el propio tomador, sino un tercero: el empleado o funcionario.

Consideramos pues, que el seguro de infidelidad constituye un ramo autónomo, si bien con cierta conexión con los seguros de caución.

Una vez hecho este inciso, podemos comenzar ya la descripción del amplio abanico de posibilidades que ofrece el seguro de caución, así como de las clasificaciones que, basadas en distintos criterios, se han hecho del mismo. En atención al origen de la obligación garantizada, suele distinguirse entre seguros de caución en garantía de obligaciones de origen legal o judicial y seguros de caución en garantía de obligaciones de origen contractual.

En los primeros lo que se pretende es garantizar el cumplimiento de una obligación de origen legal o judicial, siendo la ley, o en su caso una decisión judicial, la que impone la obligación de prestar tal garantía. En los segundos se garantiza una obligación de origen contractual, es decir, producto de la libertad de contratación de las partes.

En la práctica, y en atención no ya al origen de la obligación garantizada sino al origen de la obligación de dar garantía, podemos observar que la mayoría de

los seguros de caución que se realizan por imposición legal se refieren a obligaciones contraídas con la Administración pública y organismos oficiales, bien como consecuencia de contratos celebrados con ésta, bien como consecuencia de ciertas operaciones realizadas por el deudor y de las que derivan obligaciones que son, en general, de carácter tributario.

A este último supuesto pertenecen las garantías en cumplimiento de las obligaciones de pago de impuestos generados por la realización de actividades de importación y exportación, por la fabricación o comercialización de determinados productos – como es en el caso de las bebidas alcohólicas y el aplazamiento del pago de las precintas – por el aplazamiento del pago de cuotas a la seguridad social, IVA, IRPF, etc.

Estas últimas garantías de afianzamiento de pago de cuotas o de impuestos, se consideran más peligrosas para el afianzador que el resto ya que, normalmente, la legislación que permite solicitar el aplazamiento de pago de impuestos requiere al solicitante que acredite una situación de tesorería deficiente que justifique la solicitud del aplazamiento del pago de impuestos o de cuotas a la Seguridad Social. Parece obvio que no es recomendable garantizar una obligación de pago cuando el que viene obligado a hacerlo ha declarado previamente que su tesorería no le permite hacer frente a su obligación en tiempo y forma.

No obstante, estas obligaciones cuyo origen se encuentra en conductas realizadas directamente por el deudor, pueden tener, en ciertos casos, carácter no tributario. Tal es el caso, por una parte, de las llamadas cauciones judiciales (que nacen principalmente como consecuencia de la interposición de recursos ante los tribunales y organismos públicos y aquellas que revisten carácter penal) y, por otra parte, de las realizadas con motivo de una concesión administrativa (lotería nacional, bingos...), o a raíz de la obtención de una subvención o ayuda, principalmente en el ámbito agrícola (éste es el caso de las ayudas concedidas por la Unión Europea para fomentar la exportación de un determinado producto, o su producción, transformación o almacenamiento, ayudas que responden a una política agraria comunitaria).

Han de mencionarse, asimismo, las cauciones en garantía de obligaciones que surgen como consecuencia del desempeño de una actividad profesional. Pueden señalarse al respecto las que corresponden a las agencias de viajes; recaudadores de arbitrios y ejecutivos de ayuntamientos y depositarios de fondos de la Administración provincial y local; agentes de seguros; agentes de la propiedad inmobiliaria, concesionarios de gas; sociedades y agencias de valores que ostenten la condición de miembro de alguna Bolsa de valores, etc.

4.2. Garantías de contrato

Aún cuando el seguro de caución puede garantizar obligaciones surgidas de relaciones jurídicas muy variadas, es muy frecuente que éste venga conectado a contratos de ejecución de obra, suministro o gestión.

Dentro de la dinámica de estos contratos se distingue entre:

- Obligaciones que surgen antes de la formalización de los mismos (Garantías de oferta o licitación).
- Obligaciones dimanadas de la propia realización del contrato (Garantías de ejecución, de pago anticipado...).
- Obligaciones posteriores a la ejecución del contrato (Garantías de mantenimiento).

4.2.1. Garantía de oferta o licitación

Bajo este título se hace referencia a las concesiones o contratos de obra que se adjudican por medio de un concurso o subasta, siendo necesario para acceder a los mismos – por exigencia del convocante – que se preste una garantía. A estas garantías se les denomina en algunos países “provisionales”, en la medida en que van a garantizar la constitución de otra de carácter definitivo que no es sino la que responderá del cumplimiento del contrato de concesión o de obra propiamente dicho. Otros nombres de esta garantía son: *fianza de seriedad de oferta*, *fianza de mantenimiento de oferta*, *bid bond* (en el mundo anglosajón). Esta garantía puede ser prestada por medio de un banco (aval bancario), o por medio de un seguro de caución.

El importe de esta garantía varía de un país a otro, pero por lo general oscila entre el 2% y el 10% del precio por el que la obra sale a concurso.

A pesar de la redacción habitual de las pólizas, que prevén “indemnizar al asegurado en caso de que no se formalizase el contrato, o no constituyera la fianza exigida como definitiva”, no ha de entenderse que se aseguren dos supuestos diferentes (formalización del contrato y constitución de la garantía definitiva), ya que el riesgo, en ambos casos, es el mismo: seriedad de la oferta. En efecto, el contrato no quedará formalizado sino cuando haya una identificación de la oferta y en ésta se incluye la obligación de prestar la garantía definitiva. Lo que asegura es, por tanto, la formalización del contrato objeto del concurso o subasta, en cuyo contenido se inserta la obligación definitiva de prestar fianza.

En cuanto a la extinción de la relación de garantía, pueden distinguirse dos supuestos. Primero, cuando el contrato ha sido adjudicado y el tomador no ha resultado ser el adjudicatario; en este caso, la garantía se extingue en el momento de la adjudicación. Segundo, cuando el tomador resulta adjudicatario del concurso o subasta; en este caso, la garantía se extingue al formalizar el adjudicatario el contrato y constituir la fianza definitiva – cuando ésta sea exigida por el concedente. Al igual que en el caso anterior, si se emitió documento separado, la garantía se extinguirá cuando éste sea devuelto.

Generalmente, el convocante del concurso o subasta, aparte de la garantía de licitación – cuyo objeto es consolidar la seriedad de la oferta – exige del adjudicatario la constitución de otra garantía que responda de la ejecución del contrato. Cuando se trata de contratos en los que el convocante es un organismo de la Administración Pública, la necesidad de prestar fianzas viene normalmente exigida por Ley.

(Anexos 1 y 2, modelos de garantías de oferta en España y Chile).

ANEXO 1

MODELO DE GARANTÍA EN SUSTITUCIÓN DE RETENCIONES

CERTIFICADO INDIVIDUAL DE SEGUROS NUMERO POLIZA DE SEGUROS DE CAUCIÓN NÚMERO

(El asegurador), debidamente representado por..... (nombre del apoderado) N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta del bastanteo de poderes que se reseña en la parte inferior de este documento,

ASEGURA

A..... (Nombre del cliente del asegurador), N.I.F.:....., en concepto de Tomador del Seguro, ante..... (organismo de la Administración de que se trate), en adelante Asegurado, hasta el importe de.....euros, en los términos y condiciones establecidos en la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, normativa de desarrollo y pliego de cláusulas administrativas particulares por la que se rige el contrato:

En concepto de garantía provisional, para responder de las obligaciones, penalidades y demás gastos que se puedan derivar conforme a las normas y demás condiciones administrativas precitadas frente al asegurado.....

El asegurador declara, bajo su responsabilidad, que cumple los requisitos exigidos en el artículo 57.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedara extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurador deba hacer efectiva la garantía.

El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.

El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos u órganos equivalente de las

restantes Administraciones Públicas, en los términos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y normas de desarrollo.

El presente seguro de caución estará en vigor hasta que el órgano de contratación, o quien en su nombre sea habilitado legalmente para ello, autorice su cancelación o devolución, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y legislación complementaria.

Madrid, a de de

ANEXO 2

MODELO DE PÓLIZAS DE GARANTÍA PARA LICITACIONES, PROPUESTAS O SUBASTAS PÚBLICAS (Chile)

Condiciones particulares

(El Asegurador), Con domicilio en, Santiago de Chile, mediante la tasa, monto, vigencia, primas e impuestos detallados en la propuesta y que se individualizan en la minuta de esta póliza y con arreglo a las Condiciones Generales que forman parte de esta póliza y a las particulares que seguidamente se detallan, asegura a:

(El Asegurado), R.U.T.

Con domicilio en.....

El pago de hasta la suma de.....que resulte adeudarle

(El Afianzado), R.U.T.

Con domicilio en.....

Correspondiente a los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en las Bases de la Licitación, Remate o Subasta, que se individualiza a continuación:

OBJETO DEL SEGURO DE GARANTIA:

"Para garantizar la seriedad de la propuesta N°..... de fecha..... por..... (materia de la licitación)

VIGENCIA DEL SEGURO: Desde las doce horas del día..... de..... de.....

Hasta las doce horas del día..... de..... de.....

Para todos los efectos relacionados con este contrato, las partes señalan como domicilio especial la ciudad de.....

APODERADO

El asegurado y el afianzado se servirán leer y examinar la póliza, debiendo devolverla inmediatamente a la Compañía para su rectificación, si comprobaran que adolece de algún error o defecto.

4.2.2. Garantía de ejecución de contrato

Es aquella que, por imperativo legal o por exigencia del acreedor, se constituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales.

El funcionamiento de este seguro es el siguiente: el asegurador garantiza al asegurado hasta el límite del “capital asegurado”, una indemnización en caso de incumplimiento por el contratante de las condiciones del contrato de que se trate. Este seguro – perteneciente al tipo de garantías “de buena ejecución” – tiene como finalidad cubrir los perjuicios económicos que se causen al beneficiario-acreedor como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Esta garantía, que se exige, como hemos dicho antes, al ganador del concurso/licitación, puede ser emitida también por los bancos (a excepción de algunos países como USA) y su importe varía enormemente ya que algunas legislaciones requieren un importe del 5% (España) y otras, del 100% (USA) sobre el precio del contrato. En general, podemos decir que el importe más habitual es el 10%/20% del precio del contrato.

Aunque la garantía se denomina *garantía de ejecución de contrato* (también garantía de cumplimiento, de fiel cumplimiento, definitiva, performance bond..., según los países de que se trate), lo que realmente garantiza, en casi todos los países, es el pago de una cantidad preestablecida en caso de incumplimiento. En muchos países, el asegurador o banco, según sea el caso, ni siquiera tiene la opción de cumplir la obligación asegurada, sino sólo pagar el importe de la garantía.

Lo anterior suele ser muy frecuente en el caso de países con garantías por importes pequeños (entre el 5% y el 20% del precio del contrato), mientras que en aquellos países en los que el importe es elevado (Canadá, USA, Panamá o Colombia, por ejemplo) el asegurador, al producirse el incumplimiento, puede optar entre pagar los daños y perjuicios producidos o terminar él mismo el contrato.

En algunos países (Colombia sería quizás el mejor ejemplo) no es extraño encontrar garantías que cubren diferentes conceptos en un mismo documento. Sería una especie de garantía global o única, que ampararía el fiel cumplimiento, el buen manejo del anticipo, la calidad...El resultado de este tipo de garantías globales es que las cifras garantizadas llegan a ser de importes

muy elevados y ello obliga a buscar coaseguro y si este hecho no se comunica a los reaseguradores pueden surgir problemas en caso de siniestros.

(Anexos 3 y 4, modelos de Garantía de Ejecución – Definitiva y Fiel Cumplimiento – en España y Chile).

ANEXO 3

MODELO DE GARANTÍA DEFINITIVA ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Certificado individual de seguros número
Póliza de seguro de caución número

(El asegurado), debidamente representado por (nombre del apoderado) con NIF: con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta del bastanteo de poderes que se reseña en la parte inferior de este documento,

ASEGURA

A (nombre del cliente del Asegurador) NIF, en concepto de Tomador del Seguro, ante (organismo de la Administración de que se trate) en adelante Asegurado, hasta el importe de euros (en cifras), en los términos y condiciones establecidos 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, penalidades y demás gastos que se puedan derivar conforme a las normas y demás condiciones administrativas precitadas frente al asegurado

El asegurado declara, bajo su responsabilidad, que cumple los requisitos exigidos en el artículo 57.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

La falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho ala asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurador deba hacer efectiva la garantía

El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro,

El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, en los términos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normas de desarrollo

El presente seguro de caución estará en vigor hasta que el órgano de contratación, o quien en su nombre sea habilitado legalmente para ello, autorice su cancelación o devolución, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y legislación complementaria

Madrid, ade de

ANEXO 4

MODELO DE PÓLIZAS DE GARANTÍA DE OBRAS PÚBLICAS (Chile)

Condiciones particulares

(El Asegurador), R.U.T....., con domicilio en....., Santiago de Chile, mediante la tasa, monto, vigencia, prima e impuestos detallados en la propuesta y que se individualizan en la minuta de esta póliza y con arreglo a las Condiciones Generales que forman parte de esta póliza y a las particulares que seguidamente se detallan, asegura a

(El Asegurado), R.U.T.

Con domicilio en.....

El pago de hasta la suma asegurada, que resulte adeudarle.

(El Afianzado), R.U.T.

Con domicilio en.....

Por afectación de la garantía que de acuerdo a la ley, el Reglamento, las Bases Administrativas, el contrato y documentos anexos, Decreto o Resolución, aplicable en su caso, está obligado a constituir, según el objeto que se indica a continuación:

OBJETO DEL SEGURO DE GARANTIA:

Para garantizar el fiel cumplimiento del contrato de....., aprobado por resolución N°....., de fecha....., tramitada el..... de..... de.....

De acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de las Condiciones Generales, la presente póliza se renovará automáticamente al término de su vigencia, a solicitud del Asegurado o del afianzado.

MONTO ASEGURADO:..... U.F.

VIGENCIA DEL ASEGURADO: El presente seguro regirá desde las 0 horas del día..... de..... de....., hasta las 12 horas del día..... de..... de.....

APODERADO

(Ciudad), a..... de..... de.....

El asegurado y el afianzado se servirán leer y examinar la póliza, debiendo devolverla inmediatamente a la Compañía para su rectificación, si comprobaran que adolece de algún error o defecto.

4.2.3. Garantía de anticipo

Esta garantía, también llamada de “pago anticipado” o de “manejo de anticipo”, se solicita en aquellos contratos en los que se prevé un pago anticipado del asegurado al tomador del seguro.

Es bastante frecuente que en los contratos, sobre todo en los de importe elevado, se establezca la obligación del asegurado de anticipar una cantidad a cuenta del precio total del contrato (lo normal es anticipar hasta un 30%) y, como contrapartida, la obligación del tomador de entregar una garantía, emitida por banco o compañía de seguros, de que invertirá en la obra el anticipo recibido.

El importe de esta garantía es siempre del 100% del anticipo recibido, y por ello suelen ser de importe muy elevado. Es este importe elevado el que hace que estas garantías sean consideradas más peligrosas que otras garantías de contrato y por ello ha de extremarse la precaución en su suscripción.

Una modalidad de anticipo sería el pago anticipado para realizar acopio de material. En este caso el dinero que se anticipa lo es para un fin concreto, el acopio de material, en lugar del anticipo normal que simplemente debe invertirse en la obra.

Un ejemplo del anticipo para acopios podría ser el siguiente: el contratista para la ejecución de un hospital de 400 habitaciones quiere comprar al inicio de la obra todos los aparatos sanitarios que utilizará para los baños que tendrá que instalar en cada una de las 400 habitaciones y eso ocurrirá, lógicamente, al final de la obra, una vez que el edificio esté terminado. Para evitar una posible subida de precios de dichos aparatos sanitarios el contratista podría solicitar un anticipo para comprarlos todos al inicio de la obra. Los materiales así comprados quedarán acopiados, almacenados y la garantía que deberá entregar el contratista se llamará “por acopio” y garantizará que dichos materiales quedarán incorporados a la obra una vez finalizada esta.

(Anexos 5,y 6, modelos de garantía de anticipo en Chile y México y Anexo 7, modelo de garantía por acopios en España).

MODELO DE PÓLIZAS DE GARANTÍA DE ANTICIPO (Chile)

Condiciones particulares

(El Asegurador), R.U.T....., con domicilio en....., Santiago de Chile, mediante la tasa, monto, vigencia, prima e impuestos detallados en la propuesta y que se individualizan en la minuta de esta póliza y con arreglo a las Condiciones Generales que forman parte de esta póliza y a las particulares que seguidamente se detallan, asegura a:

(El Asegurado), R.U.T.

Con domicilio en.....

El pago de la suma de..... que resulte adeudarle.

(El Afianzado), R.U.T.

Con domicilio en.....

Correspondiente a los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato o convención que se individualiza a continuación:

OBJETO DEL SEGURO DE GARANTIA:

Para garantizar la correcta inversión de anticipo del.....% del contrato aprobado por resolución N°....., de fecha....., tramitada el..... de..... de.....

Para garantizar el canje de retenciones del contrato aprobado por Resolución N°..... de fecha....., tramitada el..... de..... de.....

El presente seguro regirá desde las 0 horas del día..... de..... de....., hasta las doce horas del día..... de..... de.....

Para todos los efectos relacionados con este contrato, las partes señalan como domicilio especial la ciudad y comuna de.....

APODERADO

En Santiago, a..... de..... de.....

El asegurado y el afianzado se servirán leer y examinar la póliza, debiendo devolverla inmediatamente a la Compañía para su rectificación, si comprobaran que adolece de algún error o defecto.

MODELO DE GARANTÍA DE ANTICIPO (MÉXICO)

ANTE: La tesorería de la Federación

Para garantizar por....., la correcta y debida inversión, amortización y en su caso la devolución del anticipo, que nuestro fiado recibió por igual suma de la Secretaria de Comunicaciones y transportes, con motivo de la celebración del contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado N°....., de fecha....., por un importe de....., que nuestro fiado celebró con el Gobierno Federal, a través de la Secretaria de Comunicaciones y Transportes, relativo a los trabajos de repavimentación de la cinta asfáltica de la carretera federal México.

La presente fianza se emite de conformidad con lo establecido en el contrato de referencia con la ley de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas. Esta fianza permanecerá vigente hasta la total inversión y amortización del anticipo garantizado y durante la sustanciación de todos los recursos o juicios legales que se interponga, hasta que se dicte resolución definitiva por autoridad competente. Para su cancelación será requisito indispensable que la Beneficiaria manifieste expresamente y por escrito su autorización.

El afianzador se somete expresamente al procedimiento de ejecución establecido en los artículos 95 y 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en vigor, asimismo renuncia al derecho que le otorga el artículo 119 de la citada ley.

MODELO DE GARANTÍA POR ACOPIOS (España)

(El asegurador), Cía. Internacional de seguros y reaseguros, S.A., con domicilio en..... y C.I.F..... debidamente representado por D..... N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta del bastanteo de poderes que se reseña en la parte inferior de este documento;

ASEGURA

A..... (TOMADOR DEL SEGURO), C.I.F....., en concepto de tomador del seguro, ante(BENEFICIARIO), en adelante Asegurado, hasta el importe de.....(IMPORTE EN CIFRA),..... (IMPORTE EN LETRA), en los términos y condiciones establecidos 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: ACOPIOS CORRESPONDIENTES A LA EJECUCION DEL CONTRATO "COLECTOR PARA LA CANALIZACIÓN DE AGUAS NEGRAS EN POLIGONOS DE LA AUTORIDAD PORTUARIA DE HUELVA HASTA LA ESTACION EDAR DE AGUAS DE HUELVA", en concepto de garantía definitiva para responder de las obligaciones, penalidades y demás gastos que se puedan derivar conforme a las normas y demás condiciones administrativas precitadas frente al asegurado.

El asegurador declara, bajo su responsabilidad, que cumple los requisitos exigidos en el artículo 57.1 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas.

La falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurador deba hacer efectiva la garantía.

El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos u Órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, en los términos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y normas de desarrollo.

El presente seguro de caución estará en vigor hasta que..... (BENEFICIARIO), o quien en su nombre sea habilitado legalmente para ello, autorice su cancelación o devolución, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y legislación complementaria.

Hecho en....., a..... de..... de.....

El asegurador..... Cía. Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.
P.P.

4.2.4. Garantía de mantenimiento o calidad

Es habitual en los contratos de obra, suministro o gestión que el asegurado imponga al tomador del seguro la obligación de que garantice la calidad o buen funcionamiento de la obra o del servicio prestado. Esta garantía se identifica con el término "garantía de calidad" en su sentido más lato, esto es, como respuesta ante defectos de fabricación provenientes de la calidad de los materiales o de las actuaciones de los fabricantes. Esta garantía puede prestarse por medio de un seguro de caución en concepto de "fianza de mantenimiento o garantía", en virtud de la cual el asegurado se cubre de los posibles perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de la falta de calidad o funcionamiento defectuoso.

La garantía a la que nos referimos ha de entenderse en un sentido amplio, ya que puede abarcar, además de la falta de calidad de un determinado objeto o su montaje defectuoso, la existencia de un servicio adecuado de mantenimiento.

Éste es el caso de la “**assurance garantie du coating**”, practicada en Francia, en virtud de la cual se asegura la reparación inmediata de los problemas de corrosión que puedan sufrir los buques, plantas industriales, camiones cisterna..., la fabricación de repuestos o de piezas consumibles y desechables (por ejemplo, la de un determinado tipo de cinta de impresión para una máquina de escribir), etc.

Este tipo de garantías se estipulan, generalmente, por un plazo de doce meses, aunque en algunos países como Portugal y Colombia puede llegar hasta los 5 años generando importantes problemas de cúmulo por contratista.

ANEXO 8

MODELO DE GARANTÍA DE MANTENIMIENTO

(El asegurador), Cía., Internacional de seguros y reaseguros, S.A., con domicilio en.....y C.I.F....., debidamente representado por D....., N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta de poder notarial otorgado con fecha....., ante el Notario de..... D....., al número..... de su protocolo;

GARANTIZA

Solidariamente con renuncia expresa a los derechos de prelación, división, excusión y orden a:.....(TOMADOR DEL SEGURO), C.I.F.:....., con domicilio en....., ante.....(BENEFICIARIO), con domicilio en....., por hasta la cantidad de.....(IMPORTE EN CIFRA),.....(IMPORTE EN LETRA). Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que para la entidad asegurada se deriven del cumplimiento del contrato suscrito entre ambas sociedades en fecha..... de de relativo a "MANTENIMIENTO EN LAS INSTALACIONES ELECTRICAS POR UN PERIODO DE 4 AÑOS".

En consecuencia (el asegurador), Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A. pagará contra justificación, en una o varias veces la cantidad que el asegurado acredite hasta el importe total de la garantía.

Esta garantía tendrá validez hasta el..... de..... de..... Las responsabilidades y obligaciones que por este documento contrae..... (El asegurador), no serán exigibles una vez finalizado el plazo mencionado, de..... de....., transcurrido el cual la compañía dará

por cancelada la presente garantía en pleno derecho, sin necesidad de ningún requisito o trámite.

Hecho en....., a..... de..... de.....

El asegurador, Cía. Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.

4.2.5. Garantía en sustitución de retenciones

En muchos países, la manera en la que el asegurado paga al tomador del seguro es mediante certificaciones mensuales que reflejan el avance de la obra o suministro. Muy habitualmente, de estos pagos mensuales el asegurado “retiene” un porcentaje del monto a pagar, normalmente entre un 5% y un 10%, a modo de garantía adicional.

Esta retención puede sustituirse por una garantía llamada justamente “en sustitución de retenciones”, que permitirá al tomador cobrar la totalidad de la certificación mensual. El importe de la garantía es igual al de la retención que libera.

ANEXO 9

MODELO DE GARANTÍA EN SUSTITUCIÓN DE RETENCIONES

(El asegurador), Cía., Internacional de seguros y reaseguros, S.A., con domicilio en..... y C.I.F..... debidamente representado por D....., N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta de poder notarial otorgado con fecha....., ante el Notario de....., D....., al número..... de su protocolo;

GARANTIZA

A..... (TOMADOR DEL SEGURO) ,C.I.F.:....., ante.....(BENEFICIARIO), C.I.F....., por hasta la cantidad de.....euros, correspondiente al 5% de retención, durante el periodo de garantía, por las obras ya realizadas y recibidas provisionalmente a satisfacción de.....(BENEFICIARIO), en la fecha de esta garantía, para responder por tanto de los vicios o defectos ocultos que surjan a partir esta fecha y durante su vigencia, relativo a "CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIO SEGÚN CONTRATO N°.....DE FECHA.....".

Esta garantía tendrá validez hasta el..... de..... de..... Las responsabilidades y obligaciones que por este documento contrae..... (El asegurador), no será exigibles una vez finalizado el

plazo de hasta....., transcurrido el cual, la Compañía dará por cancelada la presente garantía de pleno derecho.

Hecho en....., a..... de..... de.....

El asegurador, Cía. Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.
P.P.

4.3. Garantías aduaneras

Hay una serie de operaciones de tránsito aduanero de bienes o mercancías que requieren ser afianzadas. La mayoría de estas operaciones se producen por la entrada, y posterior salida, de bienes en un país.

Normalmente todos los productos que provienen del exterior deben pagar un impuesto al entrar en el país de destino, pero hay una serie de operaciones en las que ese mismo producto, transformado o no, vuelve a salir del país pasado un tiempo. El importador no desea pagar el impuesto y reclamar posteriormente su devolución, y por eso solicita que no le sea exigido el pago del impuesto. Las autoridades aduaneras admiten, en casi todo el mundo, sustituir el pago del impuesto por una garantía llamada “de aduanas” por la que se asegura a la Aduana el pago del impuesto no cobrado, si la mercancía, por cualquiera que fuera la circunstancia, no sale del país.

Entre las operaciones más habituales que requieren la presentación de garantías ante la Aduana, destacaremos las siguientes:

4.3.1. Tránsito

Son importaciones que no permanecen en el territorio nacional, sino que están destinadas a otros países (sin que por ello adquieran el carácter de ser temporales). Por ejemplo, una mercancía que entra en México procedente de Guatemala y con destino a Estados Unidos.

4.3.2. Importaciones temporales

En conexión con el tipo anterior, abarca los supuestos de mercancías que, una vez importadas, deben permanecer por un determinado tiempo en el territorio del importador para ser exportadas posteriormente. Por ejemplo, entra el motor de un vehículo y una vez instalado en el mismo, el vehículo sale del país.

4.3.3. Tráfico de perfeccionamiento

Se identifica con una importación temporal de transformación, en el sentido de que las mercancías en régimen de importación temporal son transformadas en el país importador para ser de nuevo exportadas como un producto diferente. Por ejemplo, se importa cacao y se exporta el chocolate hecho con ese cacao.

4.3.4. Levante de mercancías

Cabe destacar como otra modalidad de garantía de Aduanas, la que se impone al importador que “levanta” las mercancías, es decir, que las retira del lugar de llegada y se las lleva sin haber pagado previamente el correspondiente impuesto. En estos casos la Aduana solicita una garantía que asegure el pago del impuesto no abonado. Se trata en este caso de una garantía que asegura una obligación de pago, y no de una garantía de obligación de “hacer”, que son las que hemos visto hasta ahora.

En efecto, en las garantías contempladas anteriormente la obligación garantizada era que el tomador tenía que “hacer” algo, una obra, un suministro, una inversión correcta del anticipo recibido, una reexportación... y en caso de incumplimiento de esa obligación de hacer, el asegurado podía ejecutar la garantía al asegurador. En el caso de las garantías aduaneras que mencionamos en este apartado, la obligación del tomador es justamente la de “pagar” el impuesto correspondiente.

4.3.5. Otras garantías aduaneras

También son operaciones sujetas al deber de prestar garantías:

- a) La fabricación mixta (mercancía importada que se incorpora a un producto nacional para su exportación).
- b) Las importaciones exentas de impuestos en atención a sus destinatarios finales (por ejemplo el ejército).
- c) Los recursos por disconformidad en la aplicación de aranceles.

Una característica importante que debe contemplar el suscriptor en el caso de las fianzas de Aduana, es el llamado “riesgo moral”. En las operaciones de Aduana que hemos descrito anteriormente, no existe prácticamente dificultad técnica alguna y lo que se está garantizando es, en la mayoría de los casos, la salida del país de un producto que ha entrado en el mismo sin pagar el impuesto correspondiente. En ocasiones el importador pudiera tener la tentación de vender la mercancía aprovechándose así de la no tributación por la misma, y esa es una decisión que contraviene las normas de la moralidad empresarial.

Naturalmente no es fácil analizar el riesgo moral ya que no es algo “visible”, y tampoco se pueden encontrar referencias al mismo en informaciones comerciales, balances... Sin embargo, el riesgo existe y en la medida de lo posible hay que intentar detectarlo.

(Anexos 10 y 11, modelos de garantías aduaneras en España y Chile).

ANEXO 10

MODELO DE GARANTÍA ANTE LA ADUANA

A....., N.I.F.....en concepto de Tomador del seguro, ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Dependencia/Administración de Aduanas de.....) en adelante Asegurado, para responder, en concepto de garantía, de la totalidad de las deudas aduaneras y fiscales (IVA e Impuestos especiales) que se devenguen a la importación de....., deducidas de las declaraciones de aduana formuladas por el mismo al efecto.

La presente garantía constituye una garantía independiente, otorgándose por una cuantía máxima de hasta.....euros, pudiendo ser ejecutada parcialmente por impago de cualquiera de las deudas que garantiza y manteniéndose vigente por el importe restante.

El presente documento tiene carácter ejecutivo y queda sujeto a las disposiciones reguladoras de los tributos correspondientes (derechos de importación, IVA e Impuestos especiales), al Reglamento General de Recaudación y demás disposiciones complementarias, debiendo hacerse efectivo por el procedimiento administrativo de apremio.

La falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al Asegurador a resolver el contrato ni éste quedara extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida ni éste liberado de su obligación, caso de que se produzca el siniestro consistente en el concurso de las circunstancias sin virtud de las cuales el Asegurador debe hacer efectiva de garantía.

El Asegurador no podrá oponer al Asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el Tomador del Seguro.

El Asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento que sea efectuado por la Autoridad Aduanera competente de los perjuicios derivados de la falta de pago de la deuda aduanera, procediéndose ingresar su importe en el Tesoro Público con el límite de importe máximo garantizado.

El presente Seguro de Caucción estará en vigor hasta que el Órgano competente autorice su cancelación o devolución.

MODELO DE PÓLIZA DE SEGURO DE CRÉDITO Y GARANTÍA PARA CONTRATOS EN GENERAL Y DE EJECUCIÓN INMEDIATA (Chile)

CONDICIONES PARTICULARES

El asegurador, con domicilio en, Santiago de Chile, mediante la tasa, monto, vigencia, primas e impuestos detallados en la propuesta y que se individualizan en la minuta de esta póliza y con arreglo a las Condiciones Generales que forman parte de esta póliza y a las Particulares que seguidamente se detallan, asegura a

(El Asegurado)

Con domicilio en.....

El pago de hasta la suma de..... U.F que resulte adeudarle
(El afianzado), con domicilio en.....

Correspondiente a los perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato o convención que se individualiza a continuación:

OBJETO DEL SEGURO DE GARANTIA

Para garantizar el fiel cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N° 3137 de fecha 14/08/2001, de la Dirección Nacional de Aduanas, respecto del régimen Suspensivo de Almacén Particular de importación.

Para garantizar el fiel cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N° 4465 de fecha 29/11/2001, de la Dirección Nacional de Aduanas, respecto del Régimen Suspensivo de Almacén Particular de importación.

Las Mercaderías se encontrarán ubicadas en:.....

La presente póliza excluye de cobertura la letra a) del Artículo 1° de las Condiciones Generales.

La presente póliza cubre de acuerdo a la cláusula b) del artículo 1 de las Condiciones Generales.

El presente seguro regirá desde las doce horas del día..... de..... de....., hasta las doce horas del día..... de..... de.....

Para todos los efectos relacionados con este contrato, las partes señalan como domicilio especial la ciudad y comuna de.....

APODERADO

En Santiago, a..... de..... de.....

El asegurado y el Afianzado servirán leer y examinar la póliza, debiendo devolverla inmediatamente a la Compañía para su rectificación, si comprobaran que adolece de algún error o defecto.

4.4. Afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas

En la práctica totalidad de los países, los promotores de viviendas financian la construcción de las mismas a través no sólo de sus fondos propios y de créditos hipotecarios solicitados a las entidades financieras, sino también mediante el cobro anticipado de parte del precio de las viviendas, cuando éstas todavía no están terminadas, a los compradores de las mismas.

En algunos países como, por ejemplo, España, Israel, Chile, Bélgica e Italia entre otros, la legislación exige al promotor que garantice al comprador de la vivienda la devolución de las cantidades anticipadas en el caso de que la vivienda no fuera finalmente entregada por una u otra razón. En otros como Francia, lo que el asegurador garantiza es la terminación de la obra.

Estas garantías pueden ser emitidas por bancos y compañías de seguros y, al estar ligadas a la promoción/construcción de viviendas, representan un porcentaje muy importante de las primas de las compañías de seguros de caución. Por lo general, el riesgo de este tipo de fianzas se considera más elevado que el de las garantías de licitación y de ejecución o cumplimiento, debido a que en muchas ocasiones el tomador del seguro (el promotor de las viviendas) no es al mismo tiempo el constructor de las mismas, sino que contrata dicha construcción con un contratista de obras al que el asegurador no conoce y cuya posible suspensión de pagos o quiebra pueda afectar al promotor/tomador del seguro y, en definitiva, al buen fin de la operación.

En momentos de bonanza en el sector inmobiliario, no es fácil que se produzcan incautaciones de pólizas de viviendas, ya que lo normal es que el valor de estas haya aumentado, a veces considerablemente, desde la fecha en que el asegurado compró la vivienda, por lo que éste, si llegara el caso, estará dispuesto a conceder un plazo razonablemente amplio al promotor para que termine y le entregue la vivienda.

Justamente lo contrario ocurre en épocas en las que el mercado inmobiliario está deprimido y con tendencia a la baja. Aquí puede ocurrir que el comprador se dé cuenta de que X meses después de comprada la vivienda podría adquirir otra de calidad semejante a menor precio del que está pagando, y pudiera estar inclinado a solicitar la devolución de las cantidades anticipadas tan pronto como el promotor incumpla los términos contractuales en cuanto al plazo de

entrega de la vivienda, situación esta que se produce en muchas promociones. Por ello, la política de suscripción para este tipo de riesgos ha de ser extremadamente prudente.

Este seguro, desconocido en muchos países, cumple una importantísima función social. Es un hecho cierto que la mayor operación económica que hace en su vida una persona es, habitualmente, la compra de su vivienda.

En estos momentos en los que los legisladores de la práctica totalidad de los países, al menos de los más desarrollados, intentan proteger al consumidor, sería muy deseable la introducción en todas las legislaciones de la obligación de los promotores de garantizar las cantidades anticipadas que los compradores de las viviendas les entregan.

Por otra parte, desde el punto de vista económico, una garantía como la que aquí mencionamos, supondría reforzar la solidez financiera de un sector tan importante en las economías nacionales como el de la promoción/construcción de viviendas, ya que los compradores que saben que las cantidades anticipadas serán garantizadas por bancos o compañías de seguros, serían menos recelosos a invertir en la compra de viviendas que aquellos que no tienen dicha garantía.

(Anexos 12,13 y 14, modelos de garantías para las “cantidades anticipadas en la compra de viviendas en España y Chile).

ANEXO 12

CERTIFICADO INDIVIDUAL DE SEGURO DE CAUCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS PARA LA COMPRA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN (España)

Póliza Colectiva Número:.....
Certificado Individual Número:.....
Tomador del seguro:.....
Domicilio:.....
Localidad:..... Provincia:..... C.P:.....
N.I.F:..... Código de cliente:.....
Fecha de efecto:.....
Duración:.....
Forma de pago:.....
Tasa de prima anual:.....
ASEGURADO:.....

NATURALEZA DEL RIESGO ASEGURADO

Importe total Garantizado según entregas pactadas en el Contrato de Cesión de Viviendas correspondiente a este certificado:

Total anticipado:

Intereses:

Suma asegurada:

Datos de la promoción y de la vivienda:

Entidad depositaria de los anticipos:

Entidad: Sucursal: D.C. Cuenta:
(Código y nombre)

El presente Certificado Individual de Seguro se rige por lo dispuesto en las **CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES** de aplicación a esta póliza, cuyo número se indica anteriormente, y por las **CONDICIONES ESPECIALES** que se adjuntan a la presente como documento inseparable.

El asegurado acepta expresamente las cláusulas limitativas de los derechos del tomador o del asegurado que se resaltan en negrita.

DETALLE DEL RECIBO

Recibo inicial número:.....

Fecha de Efecto:.....

Fecha de Vencimiento:.....

Prima Neta:.....

Impuestos (D.G.S.):.....

Prima TOTAL:.....

El tomador del seguro se obliga a pagar la Prima Total por el periodo inicial de esta Aplicación, en el recibo de primas devengadas correspondiente a la nota de cargo mensual.

DOMICILIO DE COBRO

Entidad: Sucursal: D.C. Cuenta:

Madrid, a..... de..... de.....

EL TOMADOR DEL SEGURO

P.P.

ANEXO 13

MODELO DE SEGURO DE CAUCIÓN PARA VIVIENDAS (España)

**Condiciones especiales para pólizas de afianzamiento
de cantidades anticipadas para viviendas**

Como complemento a lo dispuesto en las Condiciones Generales, serán de aplicación a la presente Póliza las siguientes Condiciones Especiales:

1. **OBLIGACIONES ASEGURADAS:** Dentro de los límites fijados en la presente Póliza, la Compañía se obliga a indemnizar a cada uno de los asegurados, como máximo de la suma asegurada, el importe de las cantidades anticipadas al tomador del seguro para la adquisición de viviendas -más sus correspondientes intereses-, si por el tomador no les fuera devuelto dicho importe en cualquiera de los siguientes casos: a) Que el tomado no inicie la construcción; b) No la termine; c) No obtenga el Certificado de Primera Ocupación, o documento que lo sustituya, o la Calificación Definitiva, según el caso; d) No proceda a la entrega de la vivienda en los plazos convenidos en el contrato de cesión.
2. **ASEGURADOS:** Tendrán la condición de asegurado los compradores de viviendas que se encuentren en posesión del Certificado Individual de Seguro Correspondiente emitido por la Compañía.
3. **RIESGOS EXCLUIDOS:** Además de los establecidos en el artículo 3 de las Condiciones Generales de la Póliza, **quedan excluidos de la garantía otorgada por la Póliza los casos en que, habiéndose terminado la construcción en los plazos previstos en el contrato de cesión o compraventa y obtenido el certificado de primera Ocupación o documento que lo sustituya y puesta la vivienda a disposición del comprador, éste se negara a recibirla por cualquier razón.**
4. **OBLIGACIONES DEL TOMADOR DEL SEGURO:** Además de las establecidas en las Condiciones Generales de la Póliza, el tomador del seguro se obliga frente a la Compañía a:
 1. Construir y entregar las viviendas en los plazos establecidos, **comunicando a la Compañía cualquier incidencia que impida o dificulte el cumplimiento de esta obligación y ello dentro de los siete días siguientes a su ocurrencia.**
 2. Obtener el Certificado de primera Ocupación o documento que lo sustituya y, en su caso la calificación Definitiva.
 3. Ingresar en las Entidades, en la forma y en la cuenta especial que exigen las disposiciones legales, las cantidades que reciba en metálico por el concepto de anticipos del precio de las viviendas.
 4. Solicitar ante la Compañía la emisión de los Certificados Individuales de Seguro correspondientes a los nuevos compradores de viviendas de la promoción garantizada para su incorporación al seguro, adjuntando los contratos de cesión o compraventa pertinentes.

5. Cumplir con las demás disposiciones legales y contractuales aplicables a los contratos de compraventa o cesión.

6. **Proporcionar a la Compañía los datos económicos, técnicos y de la construcción que le sean solicitados, al igual que los referentes a la cuenta donde se ingresan las cantidades anticipadas, facilitando las inspección de las obras por el personal designado por la Compañía durante la vigencia de la Póliza.**

7. **Contratar un seguro de daños a la construcción que cubra, incluso, los riesgos extraordinarios o catastróficos.**

En caso de incumplimiento por el tomador de las obligaciones anteriores, la Compañía podrá rescindir la presente Póliza, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 de las Condiciones Generales, y no vendrá obligada en ningún caso a emitir nuevos Certificados Individuales de Seguro.

5. **DURACIÓN:** La presente Póliza se estipula por el período señalado en las Condiciones Particulares, que habrá de coincidir con el pactado en el Contrato de Cesión o compraventa para la construcción y entrega de viviendas.

Tomará efecto en la fecha en que se abra la cuenta especial para las cantidades anticipadas que ordena la legislación vigente, y finalizará cuando, expedido el certificado de Primera Ocupación o documento que lo sustituya o en su caso la Calificación Definitiva, se ponga la vivienda a disposición del asegurado o se le devuelvan las cantidades anticipadas entregadas a cuenta, más sus intereses correspondientes.

En los casos de viviendas de protección oficial, se ampliará la duración del seguro en plazo reglamentariamente prorrogado por la autoridad competente, **debiendo comprender la suma asegurada las cantidades efectivamente anticipadas hasta el momento de la calificación definitiva, siempre que dichas prórrogas y entregas sean comunicadas previamente a la Compañía para el cobro de la prima correspondiente al riesgo complementario que asume.**

En el caso de viviendas no acogidas a la protección oficial, si los compradores concediesen prórroga al tomador del seguro para la entrega de las viviendas, la Compañía podrá aceptar la continuación del seguro mediante el pago por el tomador de la prima que se estipule.

6. **PRIMAS:** Al efecto inicial del seguro se establecerá una prima provisional o en depósito que se determinará aplicando el tipo estipulado de primas correspondientes a una mensualidad sobre la suma máxima asegurada previsible; dicha prima provisional será hecha efectiva por el tomador del seguro con carácter previo al comienzo de efecto del seguro, salvo pacto en contrario.

La prima provisional o en depósito percibida al efecto inicial del seguro, se reajustará al finalizar éste, extornándose al tomador del seguro la totalidad, si las primas percibidas por el conjunto de certificados individuales emitidos igualasen o superasen el importe de aquélla, y reteniendo la Compañía por el concepto de gastos e indemnización de perjuicios el 50 por 100 de dicha prima provisional en la parte en que excediera del total de las primas percibidas correspondientes a los certificados individuales de seguros emitidos,

De igual forma, el tomador del seguro pagara una prima por cada uno de los certificados individuales de seguro que sean emitidos, que se calculará aplicando el tipo de prima convenido en las Condiciones Particulares del seguro sobre el total de anticipos a percibir por la vivienda correspondiente, más su interés anual por el período comprendido entre la fecha de la percepción de cada cantidad anticipada y la de entrega de la vivienda.

En caso de impago por el tomador del seguro de la prima provisional o en depósito o de las correspondientes a los certificados individuales de seguro, se aplicará lo dispuesto en los artículos 8 a 11 y 16, todos ellos incluidos, de las Condiciones Generales de la Póliza.

7. **SINIESTROS:** Se entenderá ocurrido el siniestro cuando, habiendo sido ingresadas las cantidades anticipadas en la cuenta especial que ordena la vigente legislación no hayan comenzado las obras, no hayan sido terminadas o, aún terminadas, no hayan sido entregadas a los compradores asegurados o no hayan sido obtenidos los Certificados de Primera Ocupación o en su caso las Calificaciones Definitivas dentro de los plazos previstos en el contrato de cesión o compraventa, Sin que haya sido concedida prórroga para dicha entrega ni tampoco el tomador del seguro haya reintegrado las sumas anticipadas pese haber sido requerido fehacientemente para ello.
8. **INDEMNIZACION:** La indemnización consistirá en el pago del importe de las cantidades anticipadas, más su interés anual correspondiente, **como máximo, en cualquier caso, de la suma asegurada para cada certificado individual de seguro.**

Será requisito indispensable para el percibo de la indemnización que el asegurado requiera el pago a la Compañía acreditando haberlo requerido previa y fehacientemente al tomado del seguro, aportando para ello a la Compañía copia del requerimiento efectuado al tomador y copia auténtica del certificado individual de seguro original.

MEDIANTE LA FIRMA DEL PRESENTE DOCUMENTO, EL TOMADOR DEL SEGURO ACEPTA LO DISPUESTO EN ESTAS CONDICIONES ESPECIALES, Y EN PARTICULAR EN TODAS Y CADA UNA DE LAS

CLAUSULAS QUE FIGURAN DESTACADAS EN NEGRITA, QUE DECLARA CONOCER Y ACEPTA EXPRESA Y ESPECIFICAMENTE.

EL TOMADOR DEL SEGURO

LA COMPAÑÍA

ANEXO 14

MODELO DE PÓLIZA PARA CONTRATOS DE PROMESA DE COMPRAVENTA, CON PAGO DE INDEMNIZACIÓN SUJETO A LIQUIDACIÓN (Chile)

Condiciones particulares

(El Asegurador), con domicilio en....., Santiago de Chile, mediante la tasa, monto, vigencia, primas e impuestos detallados en la propuesta y que se individualizan en la minuta de esta póliza y con arreglo a las Condiciones Generales que forman parte de esta póliza y a las particulares que seguidamente se detallan, asegura a:

(El Asegurado), R.U.T.

Con domicilio en.....

El pago de hasta la suma de..... que resulte adeudarle.

(El Afianzado), R.U.T.

Con domicilio en.....

Por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato o Convención que se individualiza a continuación

OBJETO DEL SEGURO DE GARANTIA: Para garantizar la obligación del afianzado de otorgar el contrato definitivo de compraventa e inscribir el dominio a favor del asegurado en el Conservador de Bs. Raíces respectivo, o restituir al asegurado los dineros anticipados, en los casos términos previstos en las condiciones generales de esta póliza de conformidad con el contrato de promesa de compraventa suscrito por las partes el .../.../... ante Notario Público, que forma parte íntegramente de esta póliza, conforme lo definido por la Ley General de Urbanismo y Construcción N°19.932, modificación Art. 138 Bis, del 16/01/2004, de Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Vigencia del Seguro: Desde el día..... de..... de....., hasta el día..... de de

Se deja constancia que el presente seguro ha sido contratado por el afianzado a favor del asegurado, quien, por el solo hecho de recibir esta póliza, se entiende que ratifica su contratación.

Para todos los efectos relacionados con este contrato, las partes señalan como Domicilio especial la ciudad y comunidad de.....

La presente póliza tiene carácter de irrevocable.

"NOTA: Se incluye Anexo relativo a Procedimiento de Liquidación de Siniestros."

APODERADO

Santiago,

El asegurado y el afianzado se servirán leer y examinar la póliza, debiendo devolverla inmediatamente a la Compañía para su rectificación, si comprobaran que adolece de algún error o defecto.

4.5. Garantías ante organismos agrícolas

La Unión Europea, dentro de su política agraria para los países que la conforman, persigue, por un lado, evitar los excedentes agrícolas y por otro conseguir el autoabastecimiento de todos los productos agrícolas necesarios. Para ello ha establecido una serie de mecanismos y subsidios que facilitan su objetivo. Mencionaremos los más importantes de entre aquellos que requieren la presentación de garantías.

4.5.1. Ayudas o restituciones a la exportación

Se trata por medio de estas ayudas de fomentar la exportación, normalmente a terceros países, de productos en los que la UE es excedentaria interesándose por tanto la venta fuera de la misma de dichas mercancías. Se fomenta esta exportación mediante una ayuda que recibe el exportador y que se cobra normalmente en el momento de la exportación de la mercancía, aunque casi siempre es posible solicitar un anticipo de la misma y, en este caso, es obligatorio presentar una fianza que garantice el cumplimiento de la obligación asumida, que no es otro que el de realizar la exportación prometida.

4.5.2. Ayuda a la producción y/o transformación

Se trata del supuesto contrario al caso anterior, ya que aquí se trata de productos agrícolas en los que la UE es deficitaria, por lo que se fomenta su producción y/o transformación mediante la concesión de ayudas en este sentido. La ayuda de la UE puede en algunos casos ser cobrada anticipadamente, es decir antes de la producción/transformación del producto,

en cuyo caso, la UE exige una fianza en garantía de la devolución de la ayuda si no se produjera la razón que la genera.

4.5.3. Ayudas para el almacenamiento

La UE tiene unos Organismos de Intervención que compran a los agricultores/productores, los productos agrícolas cuyo precio en el mercado es inferior al precio mínimo que ha establecido la propia UE. Estos organismos se comprometen a comprar a los agricultores/productores, a dicho precio mínimo, todos los productos sometidos a intervención que éstos no puedan vender en el mercado, o no les interese por ser el precio del mismo inferior al mínimo fijado. En ocasiones los Organismos de Intervención comienzan a comprar estos productos varios meses después de la recolección o cosecha de los mismos, obligando por tanto a los productores al almacenamiento de sus productos en sus propios almacenes. Este almacenamiento también recibe una ayuda hasta la venta de los productos al Organismo de Intervención, ayuda que requiere una garantía de que el producto almacenado no será vendido.

(Anexo 15, modelo de garantía ante un organismo agrícola en España)

ANEXO 15 MODELO FEGA

....., ASEGURA A..... C.I.F.....
en concepto de tomador del seguro, ante el FONDO ESPAÑOL DE GARANTÍA AGRARIA (FEGA), en adelante Asegurado, hasta el importe de.....euros en concepto de.....
para responder de las obligaciones, penalidades y demás gastos que se puedan derivar conforme a las normas y demás condiciones administrativas precisadas frente al Asegurado.

El Asegurador no podrá oponer al Asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el Tomador del Seguro. Este seguro de caución se otorga solidariamente respecto al obligado principal, con renuncia expresa a los beneficios de excusión y división.

El Asegurador asume el compromiso de indemnizar al Asegurado al primer requerimiento del FONDO ESPAÑOL DE GARANTÍA AGRARIA (FEGA), en los términos establecidos en el Reglamento (CEE) N° 2220/85 de la comisión de 22 de Julio de 1985, por el que se establecen las modalidades comunes de aplicación del régimen de garantías para los productos agrícolas.

El presente seguro de caución estará en vigor hasta que el FONDO ESPAÑOL DE GARANTÍA AGRARIA (FEGA) autorice su cancelación o devolución, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.

4.6. Garantías para precintas o estampillas alcohólicas

Los fabricantes de bebidas alcohólicas deben poner en cada botella que venden una precinta, que no es sino el impuesto sobre el alcohol, que deben pagar los compradores de las bebidas alcohólicas. Estas precintas las adquiere el fabricante de las bebidas en la Oficina Recaudadora de Impuestos y puede optar entre pagarlas en el momento de adquirirlas o en entregar una garantía por el importe de las precintas en las que se compromete al pago de las mismas X meses más tarde.

Con esta garantía el fabricante de las bebidas alcohólicas consigue el tiempo necesario para la venta de su producto y así autogenera, con el precio de venta de las bebidas, la tesorería necesaria para el pago de las precintas. Es, como vemos, una fianza en garantía de una obligación de dar, es decir, de pago y por lo tanto de mucho mayor riesgo que alguna de las contempladas hasta ahora.

4.7. Garantías ante televisiones (TV)

En algunos países, por ejemplo España, algunas televisiones exigen a los anunciantes desde el momento de la contratación del espacio publicitario, una fianza por el 10% del coste de la campaña publicitaria, por la que se garantiza la utilización del espacio contratado. Posteriormente y antes de la emisión de la publicidad, la cadena de TV de que se trate ofrece al anunciante la posibilidad del pago por adelantado con un pequeño descuento, o el pago posterior a la emisión de la publicidad, exigiendo en este caso una garantía por el 100% del precio de la campaña. Esta segunda garantía es una garantía de pago y únicamente debe otorgarse en caso de reconocida solvencia del anunciante.

Esta fianza, que garantiza una obligación de pago, al igual que las mencionadas en el punto anterior, es decir, las garantías para precintas alcohólicas, debe cumplir una regla que estimamos muy importante en este tipo de fianzas en las que lo que se garantiza no es una obligación de hacer, sino una obligación de pagar, y que no es otra que la exigencia de presentar garantías sea para todos los anunciantes, y no sólo para aquellos que la TV correspondiente considere, por una u otra razón, que deberían afianzar sus obligaciones, ya que esta situación produciría la antiselección, que siendo negativa en cualquier caso, lo es mucho más en el caso de la fianza en garantía de obligaciones de pago.

ANEXO 16

MODELO GARANTIA ANTE TELEVISIONES PARA PAGO DE LA PUBLICIDAD

El asegurador), Cía., Internacional de seguros y reaseguros, S.A., Con domicilio en..... y C.I.F..... debidamente representado por D..... N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, con poderes suficientes para obligarle

en este acto, según resulta de poder notarial otorgado con fecha....., ante el Notario de..... D....., al número..... de su protocolo,

GARANTIZA

A la empresa anunciante.....(TOMADOR DEL SEGURO), C.I.F....., por la publicidad que en su nombre y por su cuenta contrate la Agencia de Publicidad....., a través de la distribuidora....., ante.....(BENEFICIARIO), HASTA EL IMPORTE DE..... EUROS (IMPORTE EN CIFRA),.....(IMPORTE EN LETRA), con renuncia expresa a los beneficios de excusión y división.

Por este seguro se garantiza solidariamente a..... (BENEFICIARIO), el exacto cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la contratación de tiempos publicitarios, en cualquiera de sus modalidades y sus incidencias, para la empresa contratante..... (TOMADOR), con sujeción a las condiciones de contratación de..... (BENEFICIARIO).

Si en algún momento transcurrieran los plazos de pago favor de.....(BENEFICIARIO) por facturación de publicidad sin que.....(BENEFICIARIO) hubiera recibido el correspondiente abono,.....(El asegurador), se compromete, dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento de.....(BENEFICIARIO) a hacer efectivo el pago en sus oficinas, mediante talón nominativo, del importe total de la cantidad adeudada, dentro del límite máximo de garantía cubierto por el presente documento.

La validez de esta garantía se extiende a las obligaciones contraídas como consecuencia de la publicidad contratada o que se contrate en un futuro para su emisión e incluso su eventual anulación, en el periodo de tiempo comprendido entre el día..... y el....., ambos inclusive y subsistirá dicha validez mientras -(BENEFICIARIO)- no autorice por escrito la cancelación de la presente garantía.

La falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato y/o seguro, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurador deba hacer efectiva su garantía.

Hecho en....., a..... de..... de.....

El asegurador

Reaseguros, S.A.

Cía. Internacional de Seguros y

P.P.

4.8. Garantías por la devolución del IVA

Además de las clásicas garantías ante la Aduana por el IVA del producto importado, existe un tipo de garantías que el Ministerio de Hacienda en algunos países exige a las empresas que solicitan al Estado el pago de la cantidad que éste les adeuda por ser el IVA soportado superior al repercutido.

En estos casos el Estado paga la cantidad y solicita una fianza con la que se garantiza durante el período de tiempo que dura la inspección fiscal la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en caso de que las liquidaciones hubieran sido incorrectas.

4.9. Garantías judiciales

Se garantiza a las Administraciones Públicas u Organismo Judiciales, el cumplimiento de determinadas obligaciones por parte del tomador del seguro, como consecuencia de ciertas actuaciones judiciales, aplazamientos o licencias provisionales, concedidos por la Legislación. Se incluyen:

- Recursos de reposición, de alzada y contenciosos administrativos ante cualquier Administración Pública.
- Recursos ante la Hacienda Pública o Municipal por disconformidad con las liquidaciones efectuadas.
- Recursos contencioso-administrativos a cualquier nivel de los tribunales.
- Garantías ante los Juzgados para ejecuciones provisionales.

Las garantías judiciales se emiten de manera habitual por muchas aseguradoras de Caución de América Latina, pero sin embargo no es frecuente su emisión por aseguradores europeos.

Para el asegurador, la suscripción de este tipo de riesgo es siempre complicada porque es muy difícil prever la duración de los procedimientos legales y, desgraciadamente, es muy común el que estos se prolonguen durante muchos años. Por esta razón muchos aseguradores requieren importantes contragarantías para la emisión de este tipo de garantías judiciales.

Por lo general, el asegurador sólo emite fianzas de tipo judicial para clientes importantes de otro tipo de garantías que se consideran de menor riesgo, como las garantías de contrato. Habitualmente, las garantías judiciales que se emiten son siempre en procesos civiles y nunca en procesos penales.

(Anexos 17 y 18, modelos de garantías judiciales)

ANEXO 17

MODELO GARANTIA JUDICIAL

(El asegurador), Cía., Internacional de seguros y reaseguros, S.A., Con domicilio en..... y C.I.F..... debidamente representado por D..... N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta de poder notarial otorgado con fecha....., ante el Notario de..... D....., al número..... de su protocolo,

GARANTIZA

A: (TOMADOR DEL SEGURO) C.I.F....., con domicilio en....., el pago ante el juzgado..... hasta la cantidad máxima de..... euros (IMPORTE EN CIFRA), (IMPORTE EN LETRA), asegurando las posibles responsabilidades que se pudieran derivar de..... nº....., hasta su terminación, seguido a instancia de....., contra....., incluidos principal, gastos, intereses y costas.

La presente garantía se presta con carácter solidario, con renuncia expresa a los beneficios de excusión y decisión y se hará efectiva a primer requerimiento del Juzgado.....

Esta garantía se hará efectiva mediante resolución judicial firme y permanecerá en vigor en tanto el citado juzgado no acuerde su cancelación o su devolución a la entidad aseguradora.

Hecho en....., a..... de..... de.....

El asegurador
Cía. Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.
P.P.

ANEXO 18

MODELO GARANTIA JUDICIAL

(El asegurador), Cía., Internacional de seguros y reaseguros, S.A., Con domicilio en..... y C.I.F..... debidamente representado por D..... N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta del poder notarial

otorgado con fecha....., ante el Notario de.....
D....., al número..... de su protocolo,

ASEGURA

Solidariamente y a favor de....., ante el Juzgado de Primera Instancia Núm., en autos de embargo preventivo Núm....., y hasta el importe máximo de....., para cubrir las responsabilidades que pudieran decretarse contra el buque.....o contra sus propietarios.....siempre que consten declaradas en Sentencia firme.

La constitución de la presente garantía no implica reconocimiento alguno de responsabilidad, ni en su caso, renuncia al beneficio legal de su limitación.

La presente garantía será válida hasta tanto el Juzgado no autorice su cancelación, devolución o ejecución.- -

Hecho en....., a..... de..... de.....

El asegurador

Cía. Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.

P.P.

4.10. Garantías para concesiones

En muchos países los gobiernos llevan adelante proyectos de infraestructura de diversa naturaleza (carreteras, redes de ferrocarril...) a través de contratos que internacionalmente se denominan B.O.T. (Build, Operate and Transfer), que se formalizan con empresas privadas a las que se denomina concesionarias.

Este sistema de concesiones permite a los gobiernos de los países en los que se utiliza este modelo de contratación desarrollar importantes obras de infraestructuras, desarrollo ferroviario, proyectos hidroeléctricos... sin que los presupuestos del Estado se vean afectados, ya que son las empresas concesionarias las obligadas a llevar adelante las obras o proyectos de que se trate financiándolos con sus fondos propios, y recibiendo a cambio el derecho de explotación de la concesión. El ejemplo más claro sería el de la concesión para la construcción de autopistas en las que el concesionario, una vez acabada la obra, explota la autopista cobrando durante un período de años que, a veces, llega a superar los 30, un peaje a cada uno de los automovilistas que circulen por la misma.

En estos contratos, la empresa concesionaria debe, en primer lugar, ejecutar la obra de que se trate y posteriormente, una vez terminada la obra, realiza la explotación de la misma; así, por ejemplo, si se trata de una autopista, la compañía concesionaria no sólo se encarga del mantenimiento de la misma sino también del cobro de los peajes... Todo ello en su propio beneficio, ya que es así como resulta pagada por la obra realizada. Diez, veinte o treinta años más tarde, el concesionario deberá transferir la propiedad de la concesión al Estado.

La adjudicación de un contrato de concesión requiere una garantía que, básicamente, es una fianza de cumplimiento ya que lo que se garantiza en ella es que el concesionario cumplirá con todas las condiciones establecidas en el contrato de concesión.

El mercado asegurador se enfrenta con estas garantías de cumplimiento para concesiones a un problema muy importante derivado de la larga duración del contrato que, por problemas de reaseguro, hace difícil, a veces imposible, la suscripción de este tipo de riesgos.

A esta dificultad se añade el riesgo que podríamos denominar "político" ya que, en muchos casos, el establecimiento del peaje o del precio de utilización de la concesión se establece por la Administración pública que vela por el interés de su ciudadanía, pero que en ocasiones puede poner en riesgo la viabilidad económica de la concesión.

Ante las dificultades extraordinarias para la emisión de este tipo de garantías, en algunos países, como por ejemplo Brasil y Colombia, la Administración pública diferencia la garantía de cumplimiento por la construcción de la obra (autopista, aeropuerto, red ferroviaria...), de la garantía de cumplimiento por la explotación de la concesión, y dentro de ésta permite al asegurador y al propio concesionario la posibilidad de cancelar a los 2, 3, 4... años, la garantía y sustituirla por una nueva emitida por otro asegurador o banco. Esta solución facilita la suscripción del riesgo, ya que el asegurador puede así cancelar su fianza, si lo desea.

Por otra parte, y esta es la gran ventaja, las legislaciones brasileña y colombiana establecen que el hecho de que el concesionario no encuentre un nuevo asegurador o banco para emitir la garantía en sustitución de la que se está cancelando, no supone motivo para la incautación de la garantía anterior. Naturalmente, este tipo de garantías requieren una suscripción extremadamente prudente, la exigencia de contragarantías... y el acuerdo con los reaseguradores.

A pesar las consideraciones mencionadas pienso que las concesiones son contratos muy atractivos para los concesionarios y que una vez acabada la fase de construcción se entra en una nueva fase de gran interés para los titulares de la concesión y que por ello los aseguradores y sus reaseguradores no deberían mirar con recelo este tipo de operaciones.

4.11. Garantías para agencias de viajes

Las agencias de viajes, por lo general, deben prestar varios tipos de garantías, la primera de ellas ante la autoridad de la que dependen en garantía del correcto cumplimiento de las obligaciones legales que le son aplicables.

Otras garantías que se requieren a las Agencias de Viajes son las que les solicitan las compañías ferroviarias o aéreas, garantizando el pago de los billetes que venden y cobran en su nombre. Aunque estas garantías son muy comunes en todos los países, la suscripción de las mismas debe ser extremadamente rigurosa, ya que los resultados de las mismas no son muy positivos por su elevada siniestralidad.

Esta garantía, al igual que las que se mencionan en el punto 4.12 y parcialmente las que se mencionan en el punto 4.10, tienen el inconveniente de ser garantías permanentes, es decir, no estar sujetas a término y, a estos efectos, nos remitimos al comentario que sobre este tipo de garantías hacemos más adelante en el capítulo VI, punto 1.

4.12. Garantías de funcionarios

Se garantiza a una Administración pública (Ministerios, Autonomías, Ayuntamientos...), el cumplimiento por parte de los profesionales y de los concesionarios de licencias administrativas de carácter permanente, el correcto cumplimiento de sus obligaciones.

A modo de ejemplo podemos citar los siguientes tipos de garantías:

- Recaudadores de contribuciones
- Recaudadores de arbitrios de ayuntamientos
- Recaudadores de ejecutivos de ayuntamientos
- Administradores de Fondos Mutuos
- Administradores de lotería
- Expendedores de tabaco

(Anexos 19 y 20 modelos de garantías a Funcionarios Administradores de Fondos Mutuos y Administradores Generales de Fondos en Chile).

ANEXO 19

MODELO DE PÓLIZA DE GARANTÍA PARA AGENTES ADEMINISTRADORES DE MUTUOS HIPOTECARIOS (Chile)

Condiciones particulares

(El Asegurador), R.U.T....., Con domicilio en, Santiago de Chile, mediante la tasa, monto, vigencia, prima e impuestos detallados en la propuesta y que se individualizan en la minuta de esta póliza y con arreglo a las Condiciones Generales que forman parte de esta póliza y a las particulares que seguidamente se detallan, asegura a

Superintendencia de valores y seguros y/o clientes

(El Afianzado), R.U.T.....

Con domicilio en.....

Correspondiente a los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones que imponen las Normas de Mutuos Hipotecarios Endosables dictadas por la Superintendencia de Valores y Seguros.

OBJETO DEL SEGURO DE GARANTIA:

Para garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones como Agente Administrador de mutuos hipotecarios Endosables, conforme a la norma de Carácter General nº 136, de fecha 04 de Abril de 2002 y a la Res Ex. Nº 477, de fecha de Diciembre de 2002, ambas de la Superintendencia de valores y Seguros.

VIGENCIA DEL SEGURO: desde las cero horas del día..... de.....de....., hasta las veinticuatro horas del día **31** de **diciembre** de.....

Monto Asegurado	Tasa Anual	Prima neta	I.V.A.	Primera Total
				U.F.

Forma de pago:

Cupón de Pago N^a

Vence:

Producto:

R.U.I.:

Código:

Comisión del Corredor:

de la prima neta.

"NOTA: Se incluye Anexo relativo a Procedimiento de liquidación de Siniestros."

APODERADO

(Ciudad), a.....de..... de.....

El asegurado y el afianzado se servirán leer y examinar la póliza, debiendo devolverla inmediatamente a la Compañía para su rectificación, si comprobaran que adolece de algún error o defecto.

**MODELO DE PÓLIZA DE GARANTÍA PARA ADMINISTRADORA
GENERAL DE FONDOS (Chile)**

Condiciones particulares

(El Asegurador), R.U.T....., con domicilio en, Santiago de Chile, mediante la tasa, monto, vigencia, prima e impuestos detallados en la propuesta y que se individualizan en la minuta de esta póliza y con arreglo a las Condiciones Generales que forman parte de esta póliza y a las particulares que seguidamente se detallan, asegura a.....

(El Asegurado), R.U.T.

Con domicilio en.....

El pago de hasta la suma de.....que resulte adeudarle.

(El Afianzado), R.U.T.

Con domicilio en.....

Correspondiente a los perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato o Convención que se individualiza a continuación:

OBJETO DEL SEGURO DE GARANTIA:

Para garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones de la Administradora, por la administración de fondos de terceros y la indemnización de los perjuicios que de su inobservancia resulten de acuerdo a lo previsto en el artículo 226 de la Ley N° 18.045.

Fondo garantizado:

El presente seguro regirá desde las doce horas del día....., hasta las doce horas del día.....

Para todos los efectos relacionados con este contrato, las partes señalan como domicilio especial la ciudad y comuna de.....

APODERADO

En Santiago,

El asegurado y el afianzado se servirán leer y examinar la póliza, debiendo devolverla inmediatamente a la Compañía para su rectificación, si comprobaran que adolece de algún error o defecto.

4.13. Garantías para prestaciones sociales

Esta garantía se utiliza, fundamentalmente, en Colombia, Venezuela, USA y Canadá (en estos dos últimos países se denomina Labour & Material Payment Bond).

A través de esta fianza se garantiza a los trabajadores (Colombia y Venezuela), suministradores y subcontratistas de una obra (USA y Canadá), que serán pagados por el contratista principal (el tomador del seguro). En USA, además de la garantía de cumplimiento que, como hemos mencionado anteriormente, se emite por el 100% del precio del contrato, se emite esta segunda garantía denominada Labour & Material Payment Bond, también por el 100% de precio del contrato, dándose así en la mayoría de los casos que el porcentaje de las garantías exigidas en ese país, es del 200% del precio del contrato.

Debe destacarse como hecho notable que las compañías de seguro de caución de USA, sólo cobran prima por una de las dos garantías emitidas, ya que parten de la base de la imposibilidad de que ambas sean incautadas al mismo tiempo. El argumento que se utiliza para justificar esta situación es que el primer día de la vida del contrato el riesgo de la garantía de cumplimiento sería del 100% pero, sin embargo, el riesgo de la garantía de Labour & Material Payment Bond sería “cero” al no existir todavía ninguna obligación de pago a los trabajadores, proveedores y subcontratistas y, por el contrario, el riesgo del penúltimo día de la vida del contrato, sería prácticamente cero en lo relativo al cumplimiento, y podría llegar al 100% en el caso de la garantía de Labour & Material Payment Bond, si el contratista todavía no hubiera hecho frente al pago a trabajadores, proveedores y subcontratistas. En pocas palabras, cuando el riesgo de una de las dos garantías aumenta, el de la otra disminuye.

La teoría, y probablemente la práctica, demuestra que no siempre la situación es como se ha explicado anteriormente, y así, podemos imaginar una obra, por ejemplo la construcción de un puente, que cuando está prácticamente terminada se derrumba, de tal manera que el riesgo de la garantía de cumplimiento volvería a ser del 100%, y el de la garantía de Labour & Material Payment Bond también podría ser en ese momento del 100% si el contratista no hubiera todavía hecho frente a ninguno de los pagos a subcontratistas, proveedores...

Una diferencia fundamental entre el mercado USA y la gran mayoría del resto de los países del mundo, es que en USA cuando se produce un incumplimiento por parte del tomador del seguro, la compañía de seguros de caución tiene la opción de financiar a su cliente para que acabe la obra o, más habitualmente, terminar el contrato por sí misma o a través de un tercero y, normalmente, esa es la decisión que toma el asegurador, acabar la obra, ya que normalmente el impacto económico de acabar la obra suele ser menor que el de la ejecución de las garantías de cumplimiento y de Labour & Material Payment Bond por los daños y perjuicios que se determinen.

En el resto del mundo, y salvo excepciones (Canadá, Panamá y Colombia entre otras), las compañías de seguros de caución no tienen la opción de cumplir el contrato, e incluso si la tuvieran, probablemente preferirían pagar el importe de la garantía de cumplimiento, que no olvidemos, como hemos mencionado anteriormente, suele ser de entre un 5% y un 20%, antes que contratar a un tercero para terminar la obra incumplida ya que los gastos en los que se incurrirían podrían superar el importe de la garantía antes mencionado.

4.14. Garantías para clubes de protección

Hay algunos riesgos de armadores de barcos que las compañías tradicionales de seguros no quieren asegurar. Para solucionar este problema, hace ya varias décadas, se crearon una especie de mutuas de armadores para cubrir estos riesgos. Estas organizaciones se llaman Clubs de Protección (*Protection and Indemnity Clubs – P&I* – en su terminología inglesa), y la mayoría de ellos tienen su sede en el Reino Unido y países escandinavos

Entre los servicios que los Clubs prestan a sus mutualistas armadores, está la presentación de fianzas en aquellos casos en que les sean requeridas. Es relativamente normal que algunos buques causen daños, de polución o de otro tipo, cuando entran o salen de los puertos, o simplemente cuando navegan por las costas de cualquier país. Producido el daño, o la infracción legal de que se trate (por ejemplo, derrame de petróleo...), una autoridad judicial o portuaria del país en el que se produce el daño, suele dictar orden de arresto para el buque, como garantía de que hará frente a los perjuicios causados. Normalmente la determinación de dichos perjuicios suele demorarse en el tiempo y eso haría que el buque tuviera que permanecer amarrado en puerto, a veces durante meses, con enormes perjuicios económicos para el armador.

La solución a este problema, que como decimos es bastante frecuente, es la presentación de una garantía emitida por un tercero, y que sustituiría así al embargo del buque. En muchos países la propia garantía del Club de Protección es considerada suficiente por las autoridades y sirve para liberar el buque arrestado, pero en otros muchos países las autoridades no aceptan sino la garantía de bancos o compañías de seguros. En estas circunstancias, los Clubs, una vez que reciben la notificación del armador, se ponen en contacto con un banco o una compañía de seguros del país de que se trate, para solicitarles la emisión de la garantía por el importe que corresponda, entregándoles a su vez el propio Club una contragarantía por el cien por cien del riesgo.

En estas circunstancias (prácticamente es una operación de *fronting* – ver capítulo 10 – el asegurador podría estar tentado de no reasegurar su riesgo, pero es recomendable que lo haga ya que en estas garantías es muy alta la posibilidad de que sean ejecutadas.

No debemos olvidar que se ha producido un daño y que lo que hace la garantía, además de posibilitar la salida del buque del puerto, es garantizar el pago en el momento en que se cuantifiquen los perjuicios ocasionados. Solo si resultase que el buque no ha sido el culpable de los mismos, la garantía no sería ejecutada.

Normalmente el requerimiento para proceder al pago por parte de la autoridad judicial o portuaria, es de carácter perentorio y, a veces, no es posible recibir del Club de Protección los fondos necesarios para hacer frente al pago de la reclamación con dichos fondos, por lo que el asegurador deberá prestar mucha atención al importe de la garantía.

Hechas estas observaciones, debemos añadir que la seriedad de algunos de los Clubs de Protección es pública y notoria, por lo que este tipo de garantías merecen ser estudiadas con atención.

(Anexos 21 y 22, modelos de garantías para clubes de protección)

ANEXO 21

MODELO GARANTIA PARA UN CLUB DE PROTECCIÓN -P&I- ANTE UN JUZGADO

(El asegurador), Cía., Internacional de seguros y reaseguros, S.A., con domicilio en..... y C.I.F.....debidamente representado por D..... N.I.F.....con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta de poder notarial otorgado con fecha....., ante el Notario de..... D....., al numero.....de su protocolo,

ASEGURA

A los armadores del buque de bandera.....la compañía.....y/o su Club de P&I..... ante..... y/o su aseguradora....., hasta la cuantía máxima de..... euros, incluyendo intereses y costos por garantizar las responsabilidades por daños a al carga en el asunto de la referencia de los armadores del buque de bandera....., la compañía....., que se pudieran determinar de mutuo acuerdo entre las compañías citadas o que, en su caso, pudieran decretarse por sentencia definitiva y firme del juzgado competente en el procedimiento sobre el fondo que, a su vez, ratifique el embargo preventivo del buque....., decretado por el Juzgado....., en Autos de Embargo preventivo nº....., medida cautelar instada por.....

A los efectos de un posible acuerdo extrajudicial (El asegurador), compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., acepta expresamente, dentro de los límites anteriores, cualquier acuerdo al que se llegue con la compañía.....y/o su Club de P&I.....

Hecho en....., a..... de..... de.....

El asegurador

Cía. Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.

P.P.

ANEXO 22

MODELO GARANTIA PARA UN CLUB DE PROTECCIÓN ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA MARINA MERCANTE

(El asegurador), Cía., Internacional de seguros y reaseguros, S.A., con domicilio en..... y C.I.F..... debidamente representado por D..... N.I.F..... con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta de poder notarial otorgado con fecha....., ante el Notario de..... D....., al número.....de su protocolo,

ASEGURA

Directa y solidariamente en los términos y condiciones establecidos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas y haciendo expresa renuncia al beneficio de excusión a que se refiere el artículo 1830 del Código Civil, a la entidad....., ante la Dirección General de la Marina Mercante, por la cantidad de..... euros, en concepto de garantía para responder de las posibles obligaciones derivadas de la Resolución del procedimiento administrativo sancionador con número..... incoado contra la citada entidad, armadora del buque....., y contra su Capitán el Sr....., por presunta infracción prevista en el Art 115.4 e) de la Ley 27/1992, de 24 de Noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Este seguro de Caución tendrá validez en tanto que la Administración no autorice su cancelación, pudiendo ejecutarlo la Dirección General de la Marina Mercante o en su nombre la Capitanía Marítima de Las Palmas.

Asimismo, el presente Seguro de Caución estará regido, en cuanto a su formación, interpretación y ejecución, por el Derecho Español siendo

Exclusivamente competentes para entenderle los litigios que se deriven del mismo los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, Conforme a las Reglas del Derecho Procesal Español.

La emisión y entrega del presente Seguro de Caución en caso alguno implica el reconocimiento de responsabilidad alguna.

Extendido en.....

El asegurador

4.15. Otras garantías

En cada país se exigen otras garantías que no se encuentran entre las mencionadas anteriormente. Señalaremos entre ellas, las garantías para el pago de alquileres, muy comunes en varios países, en los que el afianzador garantiza el pago del alquiler por el inquilino, o bien, en otra modalidad, la garantía sustituye a la fianza que normalmente se exige al inquilino, por importe de una o más mensualidades. Se trata, como vemos, de fianzas en garantía de una obligación de pago. En México se solicitan, por algunos operadores de telefonía, una garantía por los posibles impagos del consumo telefónico. La prima de esta garantía la paga cada uno de los usuarios del teléfono.

En algunos países se exigen garantías relacionadas con las explotaciones de madera, que garantizan que los adjudicatarios de la madera producto de las talas realizadas en bosques comunales, pagarán el importe de la madera que les ha sido adjudicada. Es otra garantía de una obligación de pago.

En otros, se solicitan garantías a las empresas que gestionan los juegos de azar (casinos, bingos, loterías) que deben garantizar el cumplimiento de la reglamentación que les es aplicable y que cubre un amplio espectro de obligaciones, algunas de hacer, otras de pago... En estas garantías hay que analizar de manera especial el riesgo moral que puede representar el tomador del seguro y son consideradas de mucho mayor riesgo que otras ya mencionadas

4.16. Garantías financieras

Hay un tipo de garantías denominadas Garantías Financieras (Financial Guarantees en su terminología inglesa), que casi todos los aseguradores y reaseguradores excluyen de su política de suscripción.

Durante muchos años ha existido, y aún existe, confusión por saber qué era exactamente una garantía financiera, y en muchos casos las compañías de

seguros y sus reaseguradores consideraban como garantía financiera a algunas de las garantías de pago que hemos mencionado anteriormente como, por ejemplo, la *garantía de Aduanas por levante de la mercancía*, la *garantía para precintas alcohólicas*, la *garantía ante TV...* incluso, sorprendentemente, las de *pago anticipado*.

Para evitar discusiones sobre qué es y qué no es una garantía financiera y eliminar la posibilidad de conflictos entre aseguradores y reaseguradores en los casos en que este tipo de garantía estuviera excluido de los tratados de reaseguro (que es lo que ocurre habitualmente), se decidió en el ámbito de la International Credit Insurance & Surety Association (ICISA) y de la Asociación Panamericana de Fianzas (APF), establecer una definición clara de qué deberían entender todos, aseguradores y reaseguradores, por garantía financiera. Esta es la definición (actualmente en revisión):

“Por garantía financiera se entiende cualquier fianza, garantía, indemnización o seguro, que cubra las obligaciones financieras asociadas a cualquier tipo de préstamo, préstamo personal o línea de crédito, emitida por una entidad bancaria o de crédito, una institución financiera o un financiador, o emitida o ejecutada a favor de cualquier persona natural o jurídica para el pago o reembolso de dinero prestado o de cualquier transacción o disposición contractual, cuyo principal objeto sea conseguir financiación o garantizar cantidades debidas por dinero prestado”.

En pocas palabras, se está hablando de garantías para la devolución de préstamos a entidades financieras.

Parece lógico que si un banco, que no está obligado a pedir contragarantías a sus clientes, las exige en una operación determinada, es porque duda de la solvencia del cliente y, por tanto, para conceder el crédito que este le requiere, le pide la presentación de una garantía emitida por un tercero. Sería ilógico que la compañía de seguros emitiese dicha garantía, es decir, que asumiese un riesgo que la banca considera malo, como si fuera más lista que el propio banco.

Por otra parte, no debemos olvidar que el banco estará cobrando por las operaciones financieras cuyo cumplimiento exige que esté garantizado, un porcentaje que puede ser 10 ó 20 veces superior a la prima que la compañía de seguros cobraría por garantizar la operación, algo que en sí mismo es un contrasentido ya que el que corre el 100% del riesgo (el asegurador) cobraría mucho menos que el que hace la operación financiera sin riesgo (el banco).

Si habláramos de las garantías como si tuvieran color, podríamos decir que las garantías de contrato son de color verde, las garantías de pago de color ámbar o amarillo, y las garantías financieras de color rojo. Los colores, naturalmente, identifican el menor y mayor riesgo de cada una de las garantías mencionadas.

CAPÍTULO V

COMERCIALIZACIÓN DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

5. COMERCIALIZACIÓN DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

5.1. Introducción

El seguro de caución nace siempre como consecuencia de una obligación:

- Legal
- Reglamentaria
- Contractual

Esta obligatoriedad de la garantía o caución **facilita su venta** pero, por otra parte, también **la limita**, ya que sólo aquellas empresas o empresarios que están sometidos a la obligación legal o contractual de presentar una garantía serán nuestros clientes potenciales, y ya adelantamos que desgraciadamente no son muchos

5.2. Diferentes modelos de venta de este seguro

En muchos países (fundamentalmente europeos) la venta de los seguros de caución la realizan directamente las compañías de seguros utilizando para ello su propia red de ventas, es decir, personas en nómina dedicadas a la venta.

En otros países, por el contrario, la venta se hace fundamentalmente, y en ocasiones exclusivamente, a través de intermediarios, agentes o brokers, a los que se paga una comisión por su labor de captación de clientes. Es el caso de USA, México, Brasil y Colombia, por mencionar únicamente aquellos en los que la figura del broker está más asentada.

Todos los sistemas son válidos y, naturalmente, conviven bien entre ellos, aunque es verdad que la obligatoriedad de la garantía o del seguro de caución, hace que la venta de este seguro a través de intermediarios, sea menos necesaria que en otros seguros donde no existe dicha obligatoriedad.

5.3. Clientela potencial

Teniendo en cuenta que las garantías más importantes son las de contrato, y que los contratos más habituales son los de obra, suministro o servicio, diremos que estos son los sectores más importantes para un asegurador de caución:

- Construcción en el sentido más amplio
- Suministro de bienes o servicios
- Construcción de bienes de equipo
- Agricultura (en aquellos países en donde existan subsidios agrícolas)
- Importación/Exportación (Garantías Aduaneras)

Posiblemente la primera decisión de un profesional de la venta de seguros de caución, sería preguntarse: **¿A quién exige la ley la presentación de garantías?** La respuesta sería simple:

- Principalmente, aunque no exclusivamente, a las empresas que contratan con el Estado la ejecución de contratos de obra, suministro o gestión.

En efecto, el Estado promueve obras, compra bienes y requiere servicios pero, sin embargo, ni ejecuta las obras, ni fabrica los bienes que utiliza, ni realiza los servicios que necesita.

Todas estas actividades las realizan empresas que contratan con el Estado la ejecución de las mismas, y a las que se les requiere la presentación de una fianza, un seguro de Caución, que garantice el correcto cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

¿Cómo podemos saber qué empresas o empresarios ejecutan los contratos de obra, suministro o gestión, que promueve el Estado? A través de los siguientes medios:

- a) Mediante las *listas de contratistas de obra* autorizados. En algunos países la Administración Pública califica a las empresas aptas para ejecutar obras públicas. Dicha clasificación de empresas autorizadas es pública y, por tanto, fácil de conocer.
- b) Averiguando a través de los anuncios que aparecen en Internet, periódicos oficiales... el nombre de las empresas adjudicatarias de los contratos de obra, suministro o servicio.
- c) Es relativamente sencillo conseguir de todos los organismos públicos una *relación de las empresas que contratan con ellos*. Al solicitar estas listas, el asegurador no debe olvidar que la contratación es pública y que, por lo tanto, no está solicitando algo que sea secreto. De hecho, en muchos de estos organismos se publican en los tableros de anuncios los nombres de los contratistas adjudicatarios.
- d) Las Asociaciones de Constructores y/o Promotores de cada región del país, pueden facilitar al asegurado una lista de los contratistas asociados que se dedican a la ejecución de obra pública y/o a la promoción de viviendas.

- e) El Ejército y la Seguridad Social son los colectivos que más suministros requieren, y la mayor fuente de información de empresas suministradoras de bienes al Estado y de empresas ejecutoras de servicios (por ejemplo los de limpieza de los hospitales o clínicas, de suministro de armas, de ropa, o de material médico-quirúrgico, etc.).
- f) En ocasiones, los bancos no desean consumir la línea crediticia otorgada a sus clientes en la emisión de fianzas, ya que para ellos puede ser más rentable otro tipo de operaciones como los préstamos, las líneas de descuento, las pólizas de crédito... y, por ello, no están cerrados a facilitar a las compañías de seguros los nombres de sus clientes que necesitan garantías. Esta situación es más fácil que se produzca cuando hay restricciones crediticias y por lo tanto escasez de crédito.
- g) *Las grandes empresas constructoras* subcontratan en ocasiones una parte de las obras que tienen que realizar a empresas locales a las que requieren fianzas en garantía de la correcta ejecución de sus contratos. A través de estos grandes contratistas también puede el asegurador conocer qué empresas subcontratistas necesitan garantías.

Para otro tipo de garantías las fuentes de información serán diferentes, así, por ejemplo, para las garantías aduaneras la vía más importante será la de la propia Aduana o la de los Colegios de Agentes de Aduanas, quienes podrán informar al asegurador de los importadores que, por razón de su actividad, están obligados a presentar garantías ante la Aduana.

5.4. Ventajas y diferencias frente a la banca y a otras modalidades de afianzamiento

El seguro de caución, como ya hemos mencionado anteriormente, no es la única forma de afianzamiento que permite la Ley ya que en casi todos los países (USA serían la excepción más relevante) se acepta también la garantía emitida por un banco así como el depósito en efectivo y la entrega de títulos de Deuda Pública entre otros.

Por razones económicas, habitualmente la empresa obligada a presentar garantías escoge bien sea la garantía bancaria o la de compañía de seguros de caución.

Normalmente la legislación no establece ninguna diferencia entre una y otra y los textos de ambas garantías son, por lo general, idénticos. En estas circunstancias, ¿existe algún argumento a favor de las garantías emitidas por las compañías de seguros de caución versus las garantías bancarias?

Podríamos decir que existe una ventaja clara, y es la de que el empresario que solicita las garantías a una compañía de seguros de caución, no consume su crédito con la banca.

En efecto, la banca considera a las garantías dentro del límite de crédito que está dispuesta a otorgar a un cliente y, por tanto, el empresario que solicita las garantías a través de su banco está limitando su capacidad crediticia. Ni que decir tiene que esto es tanto más importante cuanto más necesaria sea para la empresa acudir a dicha financiación bancaria y cuando más difícil sea conseguir esta.

Podríamos decir, en pocas palabras, que la solicitud de garantías a las compañías de seguros aumenta la capacidad crediticia de las empresas.

Los otros campos de competencia entre bancos y compañías de seguros, serían el servicio y el precio. Posiblemente si hablamos de servicio, podemos afirmar que la especialización de las compañías de seguros de caución posibilitan un mejor servicio al cliente comparado con la banca, donde la emisión de garantías es uno más, y no de los más importantes, de los servicios que la banca presta a sus clientes.

En relación al precio de las garantías, naturalmente no se puede establecer ninguna norma general que permite decir que la garantía bancaria es más o menos cara que la garantía de compañía de seguros. Sí que es verdad que en algunos países existen hábitos de facturación diferentes entre bancos y compañías de seguros, que hacen más favorable la solicitud de garantías a estas últimas, pero no es esta una norma que pueda aplicarse a todos los países.

5.5. El precio del seguro de Caución (prima)

Es la aportación económica que ha de satisfacer el tomador del seguro a la entidad aseguradora en concepto de contraprestación, por la cobertura de riesgo que ésta le ofrece.

Técnicamente la prima es el coste de la probabilidad media teórica de que haya siniestro de una determinada garantía. Pero el asegurador no se limita a cobrar del tomador el precio teórico medio de esa probabilidad (prima pura o de riesgo), sino que añade a la misma una serie de gastos adicionales tales como:

- Gastos de administración
- Gastos de producción (comisiones de agentes)
- Gastos de redistribución de riesgos (reaseguro)
- Recargo comercial (para obtener un beneficio lógico por el capital que arriesga la empresa aseguradora)

Todos estos recargos convierten la prima pura en prima comercial, y a esta prima comercial debemos añadirle los impuestos que correspondan para obtener la *prima total* que deba pagar nuestro cliente.

Teóricamente la prima debe ser proporcional a la duración del seguro, al mayor o menor grado de probabilidad de siniestro... y, naturalmente, a la suma asegurada.

Normalmente, las compañías de seguros fijan la prima de sus pólizas de seguro como consecuencia de estudios actuariales que les permiten el establecimiento de sistemas predictivos sobre la ocurrencia de siniestros.

En el seguro de caución también existen estudios estadísticos que permitirían establecer el precio adecuado a las garantías que se emiten, sin embargo, la práctica del mercado y la competencia establecen otros criterios.

Como ya hemos comentado varias veces, las garantías que se solicitan en un mercado pueden ser emitidas también por los bancos (salvo, como ya hemos mencionado, en algunos países como USA; en este país los bancos emiten un documento denominado *standby letter of credit*, en castellano *carta de crédito contingente*, para obviar la prohibición de emitir garantías) siendo éstos los principales competidores de las compañías de seguros de caución. Los bancos también cobran a sus clientes un precio por la emisión de las garantías denominado comisión, y el precio de las mismas viene marcado por el precio de otros productos y servicios que los bancos otorgan a sus clientes.

Así, un crédito personal es más caro que un crédito hipotecario y ambos, a su vez, son más caros que el precio de una garantía. El precio de los productos bancarios viene marcado por diferentes variables y, muy fundamentalmente, por el costo del dinero.

Las compañías de seguros que compiten con la banca en la emisión de garantías, no podrían sobrevivir si establecieran precios más altos que los de sus competidores bancarios, y de ahí que las primas de las compañías de seguros de caución sigan la tendencia de las comisiones que los bancos cargan a sus clientes por las garantías que les emiten.

Qué duda cabe que el precio que finalmente cobra la compañía de seguros de caución debe ser siempre suficiente para poder hacer frente a sus gastos y a los siniestros y en la medida de lo posible para generar un beneficio satisfactorio a sus accionistas.

En ocasiones, sobre todo con grandes clientes, la banca ofrece precios muy por debajo del sector asegurador, e incluso muy por debajo de lo que sería el precio de mercado. Ello es debido a que la relación entre el banco y el cliente no se limita a la emisión de garantías, como es habitualmente el caso de las compañías de seguros de caución, sino que el cliente utiliza también otros servicios bancarios (préstamos, cuentas corrientes, domiciliación de las nóminas de los empleados...), muy rentables en términos económicos para la banca, que puede así ofrecer condiciones muy ventajosas en el precio de otros servicios más "marginales" como, por ejemplo, el de emisión de garantías.

Naturalmente en estos casos, la posibilidad del asegurador para competir con la banca, es prácticamente nula.

5.6. Canales de distribución del seguro de Caución

Como ya hemos comentado en el punto 5.2. anterior, la venta de los seguros de caución se realiza fundamentalmente a través de tres canales:

- La red directa
- La red agencial
- Los corredores

Siendo el seguro de caución siempre una obligación legal, reglamentaria o contractual, para el empresario es muy habitual que las compañías de seguros de caución tengan su propia red de ventas para la captación de clientes. En muchas ocasiones, a esta red propia de ventas la compañía añade una red de agentes, exclusivos o no del ramo de caución, para que ofrezcan el seguro de caución a nuevos clientes o a aquellos que ya forman parte de su cartera.

Normalmente la figura del **agente** viene definida por el hecho de ser un intermediario exclusivo de una única compañía de seguros, es decir, no puede trabajar ni ofrecer seguros de más de una compañía aunque no es empleado de ésta, y sus ingresos derivan de las comisiones que recibe por los clientes que aporta.

En muchos países se utiliza de manera generalizada la figura del **corredor** o **broker**, intermediario independiente que, a diferencia del agente, puede trabajar y de hecho debe trabajar con más de una compañía de seguros. El corredor, profesional del seguro, cobra al igual que el agente, una comisión por su servicio.

En algunos países la función de los agentes o corredores en el seguro de caución, que debería ser exclusivamente la de venta del seguro, se extiende a otros campos entre los que se incluyen la suscripción del riesgo, la entrega de las garantías (¡en ocasiones previamente firmadas en blanco por las compañías de seguro!), el cobro de las primas... que deberían ser exclusivos de las compañías de seguros. Todas estas funciones generan el pago de unas comisiones que duplican, triplican e incluso cuadruplican las de aquellos países en donde el agente o el corredor limita su papel al de la venta exclusivamente y que dificultan gravemente la consecución de resultados equilibrados para el asegurador.

No parece una práctica muy aconsejable que los agentes o los corredores asuman funciones que son propias de las compañías de seguros, sobre todo aquellas relacionadas con la suscripción del riesgo y la emisión de las garantías, ya que no debemos olvidar que el riesgo y las consecuencias económicas de la ocurrencia de siniestros o reclamos, es al 100% de la

compañía de seguros y de sus reaseguradores y, por lo tanto, deberían ser ellos los que tomaran la decisión de aceptar o no el riesgo y la de emisión o no de las garantías solicitadas.

Normalmente las tres redes comerciales conviven, ya que las compañías de seguros no limitan la captación de clientes a sólo una de ellas.

No parece una práctica muy recomendable la ausencia total de una red propia de ventas, al menos en este seguro, ya que una compañía no puede estar exclusivamente en manos de sus agentes, es decir de que estos hagan una eficaz gestión de la venta de seguros de Caución.

La tarea realmente difícil del asegurador de caución no es vender el seguro sino clasificar correctamente a los clientes. En un porcentaje elevado de los casos las empresas a las que les ofrecemos nuestros servicios van a aceptarlos y el problema podemos tenerlo días más tarde, cuando solicitemos los datos económicos a nuestros clientes para analizarlos y, en su caso, clasificarlos ya que podemos encontrarnos que una vez analizados dichos datos lleguemos a la conclusión de que no queremos emitir fianzas para ese cliente. Se produciría así la situación de que hemos ido a visitar a una empresa, le hemos ofrecido nuestros servicios, la empresa se ha mostrado conforme con la oferta y entonces, nosotros los aseguradores, la analizamos y decidimos decirle que no.

El efecto negativo que tienen dicha actuación ha llevado a muchas empresas de seguros de Caución a hacer uso previo de información externa, obtenida a través de empresas de información comercial o por acceso a registros económicos oficiales, para analizar a sus potenciales clientes **antes** de ofrecer a estos sus servicios, de tal manera que solo si del análisis previo de la empresa analizada se llega a la conclusión de que esta tiene la solvencia suficiente como para ser aceptada como cliente, se le ofrece el servicio. Se evita así ofrecer algo que luego vamos a denegar dar y comercialmente se facilita mucho la tarea del vendedor ya que este no solo sabe que el cliente que va a contactar ha sido previamente analizado y aceptado por la aseguradora sino que incluso sabe a qué importe podría llegar su clasificación para la emisión de garantías.

CAPÍTULO VI

LA SUSCRIPCIÓN EN EL SEGURO DE CAUCIÓN

6. LA SUSCRIPCIÓN EN EL SEGURO DE CAUCIÓN

6.1 Generalidades

En el seguro de Caucción podríamos decir que la suscripción es triple o que tiene tres partes claramente diferenciadas.

La primera parte de la suscripción sería la fijación de la política de suscripción propiamente dicha. La compañía deberá tomar muchas decisiones relativas a que tipo de garantías, de entre todas las que hay en el mercado, emitirá y cuales no, pero previamente a esta decisión también deberá decidir sobre otras cuestiones más genéricas como pueden ser las relativas a la duración de las garantías (si se emitirán garantías de más de 5 años de duración o garantías sin fecha de vencimiento...); si se emitirán o no garantías ante beneficiarios privados o si se emitirán o no garantías en obligaciones de pago. También habrá que tomar una decisión sobre que hacer con las denominadas garantías incondicionales y con las garantías a primera demanda o primer requerimiento y si las emitiremos o no, por no hablar sobre que hacer con las llamadas garantías financieras.

Una vez tomadas estas grandes decisiones que van a fijar la política de suscripción de la compañía, llega la segunda parte de la suscripción que no es sino la suscripción del cliente. Ya sabemos que queremos hacer, que tipo de garantías vamos a emitir...pero ¿a que tipo de clientes? ¿Cómo debemos analizarlos y clasificarlos? ¿Deberemos analizar si tienen la capacidad técnica y financiera para poder llevar adelante sus contratos o bastará con que analicemos únicamente su capacidad financiera? Ya adelanto que para mi solo este último análisis es posible y tiene sentido.

Analizados y clasificados los clientes llega el tercer paso en la suscripción: el análisis de los contratos que vamos a garantizar y el de los textos de las garantías que vamos a emitir ya que no todos nos van a parecer conformes. ¿Es posible analizar todos los contratos y todas las garantías? ¿Es lógico hacerlo? A todo esto intentaremos responder en este capítulo y el siguiente.

6.2. Tres grandes tipos de garantías

El número de garantías que habitualmente se exigen en el mercado es muy amplio, como hemos visto al enumerar las más habituales en el capítulo 4, pero

no todas las garantías que se solicitan en un mercado son emitidas por las compañías de seguros de caución. Cada compañía y su reasegurador deben fijar cuál va a ser su política de suscripción, es decir, qué garantías va a emitir, en qué condiciones, y cuáles no emitirán.

Comentábamos anteriormente que había tres grandes tipos de garantías, las de contrato, las de pago y las financieras, y para cada una de ellas establecíamos un color: el verde, el amarillo y el rojo.

Las garantías de contrato son las que, habitualmente, emiten todas las compañías de seguros de caución en el mundo, y también las que producen mejores resultados. Se trata de fianzas en garantía de obligaciones de hacer que normalmente exigen las administraciones públicas en los contratos de obra, suministro o servicio cuya ejecución contratan con empresas privadas.

Además de las fianzas en garantía de obligaciones de hacer, mencionadas en el párrafo anterior, se da con frecuencia en el mercado otro tipo de garantías que denominaríamos garantías de pago, en las que lo que la fianza garantiza es justamente eso: *una obligación de pago*. Las más habituales de las garantías de pago son algunas de las *garantías de aduanas* que veíamos también en el capítulo 4 cuando hablábamos de las clases de garantías más habituales en los mercados.

Además de estas fianzas de aduanas en garantía del pago de los impuestos, tenemos, en algunos mercados, otras garantías de pago como pueden ser las de *precintas alcohólicas*, *ante TV en garantía del pago de la publicidad*, y algunas otras de menor importancia. En general, podemos decir que las garantías de pago son de mayor riesgo que las fianzas en garantía de obligaciones de hacer y, por eso, la política de suscripción de aceptación de estas garantías es más restrictiva.

Un principio general muy importante para que una compañía de seguros de caución pueda decidir si hace o no este tipo de garantías, al que ya hacíamos referencia al hablar sobre las garantías ante TV, es que estas garantías de pago sean exigidas bien por una ley, bien por un reglamento, o bien por un contrato y, por tanto que sean exigibles a *todas* las empresas que realicen el tipo de operación o contrato en los que se requiere garantizar un pago, ya que en otro caso se estaría hablando de una muy probable antiselección del riesgo.

Un ejemplo referido al mercado español: las fianzas en garantía de pago de las precintas alcohólicas, se exigen a todos los fabricantes de alcohol que las adquieren, independientemente de cuál sea su solvencia financiera, su volumen de ventas o su nivel de beneficios. Eso significa que la compañía de seguros puede escoger, de entre todos los fabricantes, aquéllos que estime que tienen una mayor solvencia financiera y emitir fianzas exclusivamente para ellos.

Por último, están las denominadas garantías financieras, a las que ya nos hemos referido anteriormente, y de las que hemos dicho que se encuentran excluidas de la política de suscripción por la gran mayoría de las compañías de seguros de caución y por los reaseguradores, por considerarse muy peligrosas.

6.3 La duración de las garantías y su vigencia

Normalmente todos los contratos de reaseguro incluyen una cláusula que establece que las garantías amparadas por el mismo no tendrán una duración superior a cinco años y, sin embargo, sería más correcto decir que ese plazo de cinco años no lo es para la vigencia de la garantía sino exclusivamente para la del contrato cuyo cumplimiento se garantiza mediante una fianza.

¿Por qué hacemos esa diferencia entre *duración de la garantía* y *duración del contrato*? Pues porque en muchos países los textos de las garantías no llevan fecha de cancelación y sólo puede establecerse ésta en referencia al contrato cuyo cumplimiento se garantiza. En algunos países las garantías incluyen frases del estilo de: *“Esta garantía estará en vigor hasta que la Administración autorice su cancelación”*. Es bien sabido que la Administración no siempre actúa con la diligencia debida en la cancelación o devolución de las garantías, y que por ello las garantías pueden en muchas ocasiones extenderse más allá de los cinco años y quedar así, al menos si se interpreta de manera literal la cláusula de los contratos de reaseguro referida a la duración de las garantías, fuera del amparo de los mismos y por tanto en caso de siniestro o reclamo éste recaería al 100% en el afianzador que no podría repercutirlo en su reasegurador.

Creemos mucho más lógico que la duración que se establece en los contratos de reaseguro se refiera al propio contrato cuyo cumplimiento se garantiza, ya que el asegurador en el momento de emitir la garantía puede y debe conocer la duración de ese contrato y si ésta es inferior a cinco años, sabe que la garantía que emite estará amparada por el contrato de reaseguro incluso si por cualquier circunstancia la garantía se prorroga más allá de los cinco años.

Al hilo de esta reflexión cabe decir que el afianzador no debería emitir garantías sin fecha de cancelación cuando lo que está garantizando es el cumplimiento de obligaciones que, en sí mismas, son permanentes, es decir que tampoco tienen fecha de término.

Un ejemplo muy claro de lo que estamos diciendo es la fianza que se emite para las Agencias de Viajes en garantía de que cumplirán la normativa legal a la que están sometidas. Una agencia de viajes puede estar en activo durante 30, 50, 100 ó más años, de tal manera que el afianzador que emite una garantía para una agencia de viajes y en el texto de la misma no se establece la fecha de cancelación de dicha garantía, se encontrará teóricamente obligado de manera permanente, y eso es justamente lo que hay que intentar evitar.

Dicho esto, en muchas legislaciones se establecen medidas para evitar la prolongación “sine die” de las obligaciones contractuales – máxime si se contraen “intuitu personae” –, bien señalando un plazo máximo de duración para las mismas o bien concediendo a los contratantes la facultad de desistimiento o de denuncia unilateral, cuyo empleo no implica abuso en el ejercicio del derecho.

En relación con el contrato de fianza en particular, el Tribunal Supremo de España reconoce sin vacilar que cuando no se fija un límite concreto y temporal determinado de las obligaciones aseguradas (“operaciones futuras”) ni de la obligación de responder del fiador (“duración indefinida”), a éste le asiste la facultad de emitir una voluntad de desistimiento. Así se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1992 (RJ 1992/4470), en la que concluye que “discrepar de esta afirmación... supondría una atadura “sine die” o a perpetuidad..., lo que a todas luces, repugna a los parámetros de la vinculación temporal a que se sujeta todo deudor o responsable...”.

La Doctrina, y dentro de ella el profesor español D. Angel Carrasco Perera, al abordar las condiciones de validez y eficacia de la fianza, es concluyente al afirmar que:

(1) *“... el fiador que presta por tiempo limitado una garantía general está en condiciones de poner fin a su estado de vinculación mediante una denuncia unilateral del contrato, con efectos para el futuro. Esta afirmación ha de sustentarse en el principio general de que no puede existir un contrato que obligue indefinidamente a una persona. El fiador no puede ser obligado a una sociedad de pérdidas con carácter perpetuo. Semejante principio ha sido, por lo demás, plenamente reconocido por el Tribunal Supremo para otro tipo de contratos de duración indefinida. Se trata, por lo demás, de un tema pacíficamente admitido en Derecho comparado.*

(..) Ciertamente, con todo, la denuncia – que sólo producirá efecto cuando llegue a conocimiento del acreedor – tendrá únicamente eficacia con respecto a operaciones futuras”.

(2) *“Si la fianza general se pacta con duración indeterminada, su eficacia se supedita, como en todos los contratos de este tipo, a la concesión al fiador de un derecho de denuncia (...) nada importa para ello si se ha previsto un máximo de responsabilidad a cargo del fiador, pues la fijación de este máximo de responsabilidad no comporta para el fiador la obligación de responder incondicionalmente hasta el mismo. La denuncia del contrato debe poder liberar al fiador de la responsabilidad por las deudas futuras (...)”.*

“No se excluye el derecho de denuncia por la circunstancia de que el fiador haya recibido retribución. El acreedor no puede oponerse a la denuncia del contrato por considerar que es de mala fe la misma, acaso por haberse hecho en el momento en que la solvencia del deudor es más

comprometida; pues precisamente para evitar este incremento del riesgo es para lo que es procedente el derecho de denuncia. La existencia de esta facultad de denuncia es un instrumento a favor del fiador, que debe suplir las funciones de otras instituciones, como puede ser la desaparición sobrevenida de la causa o el crecimiento imprevisible del riesgo, pues *el fiador se halla siempre en disposición de poner fin al contrato mediante una declaración unilateral*".

Tal y como vemos, sería necesaria la comunicación fehaciente de denuncia o cancelación de la fianza por tiempo indefinido, para que esta tuviera efecto, aunque no debemos olvidar que el beneficiario podría, al menos en una primera instancia, hacer caso omiso a la notificación de cancelación de la fianza, ejecutarla, y si el afianzador rechaza el pago, requerirlo por vía judicial, y a pesar de la sentencia y doctrinas expuestas anteriormente, nadie podría garantizar al 100% una decisión favorable al afianzador y, por ello, es recomendable no emitir fianzas sin fecha de cancelación en garantía de obligaciones permanentes.

Como resumen, a la hora de suscribir fianzas, siempre que en el texto de la misma no aparezca una fecha de cancelación, hay que analizar si la obligación cuyo cumplimiento se está garantizando tiene o no fecha de término y en caso de que no sea así hay que rechazar la emisión de estas garantías.

6.4. Las garantías ante beneficiarios privados

Como norma general los aseguradores son mucho más restrictivos en la aceptación de fianzas cuando los beneficiarios de las mismas son empresas privadas en lugar de organismos de la Administración pública o local. Un porcentaje muy importante de las fianzas contractuales que se solicitan en los mercados tienen como beneficiarios a la Administración pública y los aseguradores conocen bien las normas de contratación, los modelos de contrato que se utilizan habitualmente, el marco legal que regula la contratación pública... y, por ello, operan de manera activa en este tipo de garantías.

Sin embargo, cuando el beneficiario de las mismas es una empresa privada, las circunstancias cambian: el asegurador no conoce, por lo general, ni los contratos que se utilizarán, ni las normas de contratación, ni si la necesidad de presentar fianzas es un hecho habitual, o si se está solicitando por una razón especial que él desconoce.

Por otra parte, estadísticamente se demuestra que el número de ejecuciones de fianzas entre privados es muy superior que el de fianzas ante organismos públicos, y que las posibilidades de defensa ante estos son superiores a las de las fianzas entre privados. En éstas los textos de las fianzas son por lo general más exigentes para el afianzador y así no es raro ver fianzas a primer requerimiento o, incluso, incondicionales...

Por todas estas razones la política de suscripción es más conservadora en el caso de las fianzas entre privados, y cuando se aprueba su emisión se toman medidas adicionales para minimizar el riesgo, como por ejemplo la solicitud de entrega del contrato cuyo cumplimiento se ha de garantizar, así como el estudio pormenorizado del mismo, examen del texto de la garantía, análisis del riesgo moral que puede significar el beneficiario...

En ocasiones el asegurador se encuentra ante la petición de fianzas entre privados en las que las características del beneficiario las hace, teóricamente, ser de menor riesgo. Nos estamos refiriendo a empresas que siendo privadas prestan un servicio público como, por ejemplo, las empresas que prestan servicios en el ámbito del suministro de energía eléctrica, agua, telefonía...

Es muy normal que las empresas que prestan estos servicios estén, por un lado, reguladas por un marco legal que protege al consumidor y que, por lo tanto, limita de alguna forma su libertad contractual (así por ejemplo, algunos contratos suelen requerir la previa autorización de las autoridades de los países en los que realizan sus actividades) y, por otro, sus normas de contratación se asemejan mucho a las de la propia Administración pública, son conocidas y se aplican a todos los proveedores o contratistas con los que trabajan.

6.5. Garantías condicionales e incondicionales

A la hora de establecer la política de suscripción no es suficiente que la compañía de seguros decida si sólo emitirá fianzas de contrato o si, por el contrario, también emitirá las garantías de pago..., sino que también hay que prestar especial atención al texto de las garantías y decidir si se aceptará exclusivamente la emisión de garantías condicionales o si por el contrario también se emitirán las garantías incondicionales o a primer requerimiento.

En las *garantías condicionales* la fianza es un contrato accesorio de otro contrato, el principal, que es el que une al beneficiario (asegurado) con nuestro cliente (tomador del seguro), y sólo el incumplimiento de ese contrato principal puede producir la ejecución de la garantía. Esta es la garantía que aparece recogida en casi todos los códigos civiles que tienen como origen el Derecho Romano y son las garantías que se emiten habitualmente en Europa y en Latinoamérica cuando los beneficiarios son órganos de la Administración pública o local.

¿Cómo se prueba el incumplimiento? Teniendo en cuenta que para que un beneficiario pueda ejecutar una fianza condicional tiene que producirse el incumplimiento del contrato principal, la respuesta a esta pregunta es de vital importancia. Deberíamos decir que no es fácil demostrar el incumplimiento del tomador del seguro, y además debemos añadir que el tomador no siempre está dispuesto a admitir que ha incumplido.

En estas circunstancias los beneficiarios que quieren ejecutar la garantía suelen con frecuencia tener que acudir a la vía judicial, ya que el afianzador, sea éste asegurador o banco, ante la dificultad de demostrar el incumplimiento y la negativa clara de su cliente a reconocer que tal incumplimiento existe, suele oponerse a la ejecución de la garantía.

Esta situación, que se repite en muchos casos, ha llevado a que en el mundo de la contratación privada, y poco a poco también en algunos países en la contratación pública, los beneficiarios exijan un tipo de fianza en la que no tengan que probar el incumplimiento, es decir, que no estén sujetos a condición alguna. Estas garantías se llaman garantías incondicionales.

Las garantías incondicionales, se llaman también en algunos ámbitos profesionales *garantías a primera demanda* o *a primer requerimiento*, aunque una y otra expresión no significan la misma cosa.

Que la garantía sea incondicional no quiere decir otra cosa que la garantía que se emite es independiente del contrato cuyo cumplimiento garantiza (por eso, la doctrina también las llama garantías abstractas). La ejecución de este tipo de garantías no está sujeta a condición alguna, de ahí su nombre *incondicional*, y el pago debe hacerse, habitualmente, tan pronto como es requerido; de ahí también el nombre de *a primera demanda* o *a primer requerimiento*. Qué duda cabe que este tipo de garantías, consideradas como sustitutivas de dinero en efectivo, son de mucho mayor riesgo que las fianzas condicionales, y las compañías de seguros (que no los bancos) rechazan, por lo general, su emisión.

Mientras que en el caso de las garantías condicionales o accesorias, el siniestro o reclamo de las mismas lo produce el incumplimiento, en las garantías incondicionales el siniestro se produce por la simple reclamación de la fianza.

Es muy normal confundir las garantías incondicionales (también llamadas *a simple requerimiento* o “garantías suicidas” por el riesgo que suponen) con las denominadas *a primer requerimiento*, y sin embargo no siempre son iguales.

Los términos condicional/incondicional se refieren a las circunstancias o condiciones que deben producirse para poder incautar una garantía (que en el caso de las incondicionales es ninguna, es decir, para incautar una garantía incondicional, sólo hay que reclamar el pago), mientras que la expresión *a primer requerimiento* se refiere a cómo se hará el pago una vez que la fianza ha sido ejecutada.

Como quiera que la práctica totalidad de las garantías incondicionales exigen que el pago se hará *a primer requerimiento*, es muy común creer que una y otra expresión quieren decir lo mismo y, sin embargo, hoy vemos en los mercados muchas garantías *condicionales a primer requerimiento*. ¿Qué quiere decir esta expresión, *primer requerimiento*, en una garantía condicional? Pues

que una vez cumplida la condición, por ejemplo, la emisión de un certificado de incumplimiento por un tercero o la audiencia al contratista y asegurador antes de la rescisión del contrato, y declarado el incumplimiento y ejecutada la fianza, el pago debe ser **al primer requerimiento**, es decir, inmediato y sin posibilidad de excusa alguna para oponerse al mismo.

Posteriormente al pago, si el contratista o su asegurador creyeran que la reclamación y pago no se ajusta a derecho, podrán reclamar judicialmente al asegurado la devolución de las cantidades pagadas, aplicándose así el conocido principio de “solve et repete”: primero paga y después reclama.

¿Existe alguna posibilidad de oponerse al pago en las garantías incondicionales? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que sólo el fraude manifiesto y abusivo es causa suficiente para oponerse a la incautación de una garantía incondicional. Surge aquí la duda sobre qué debe entenderse por fraude manifiesto, y no es fácil encontrar una respuesta a la misma. Es de señalar que la jurisprudencia es muy reacia a la admisión del fraude manifiesto para no desnaturalizar la incondicionalidad de las garantías.

UNCITRAL, organismo de Naciones Unidas, en su Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes (*stand-by letters of credit*) de 1995, define en qué circunstancias un fiador puede rechazar el pago de una fianza incondicional, recogidas en el Artículo 19 de dicha Convención. Convención que, aún se encuentra en el periodo de ratificación por algunos países miembros de las Naciones Unidas.

Artículo 19 – Excepciones a la obligación de pago

1. El garante o emisor de la garantía, actuando de buena fe, tendrá derecho a retener el pago frente al beneficiario si queda manifiesto y claro que:
 - a) alguno de los documentos no fuese auténtico o estuviese falsificado;
 - b) basándose en lo manifestado en la reclamación o en la documentación justificativa, no correspondiese pago alguno;
 - c) basándose en la naturaleza y el objeto de la garantía, la reclamación careciese de todo fundamento.
2. Para los fines del apartado c) del párrafo 1. del presente artículo, las situaciones indicadas a continuación son ejemplos de supuestos en los que la demanda carecería de todo fundamento:
 - a) cuando claramente y sin lugar a dudas, no se hubiese materializado la contingencia o riesgo objeto de la garantía que protege al beneficiario;
 - b) cuando un tribunal judicial o de arbitraje hubiese declarado nula la obligación del principal/solicitante, salvo que la garantía indicase que

dicha contingencia estuviese incluida en el riesgo cubierto por la garantía;

- c) cuando claramente y, sin lugar a dudas, la obligación subyacente se hubiese cumplido a plena satisfacción del beneficiario;
 - d) cuando la obligación subyacente no se hubiese cumplido por causa de una conducta malintencionada del beneficiario;
 - e) en caso de una reclamación presentada al amparo de una contragarantía, cuando el beneficiario de la contragarantía hubiese efectuado el pago de mala fe, en calidad de garante o emisor de la garantía correspondiente a la contragarantía.
3. Cuando concurren las circunstancias descritas en el párrafo 1. apartados a), b) y c) del presente artículo, el principal/solicitante tendrá derecho a que se dicten medidas judiciales provisionales, de acuerdo con lo previsto por el artículo 19.

La Cámara de Comercio Internacional, como luego veremos en el capítulo 15, ha publicado unas normas, llamadas *Reglas Uniformes para Garantías a Primera Demanda* que intentan reducir el riesgo de las ejecuciones indebidas.

Las garantías incondicionales gozan de mucho predicamento en la banca, y es muy normal su uso en la contratación internacional, donde la rapidez del tráfico mercantil y la necesaria seguridad de los documentos que se utilizan en este tipo de transacciones, favorecen la utilización de las garantías incondicionales ya que la sencillez de sus textos evitan que éstos deban ser interpretados por jueces o tribunales, lo que facilita, a su vez, el pago rápido de las garantías en los casos en que estas son ejecutadas.

El mayor obstáculo para su aceptación unánime y la mayor crítica que se les hace a estas garantías es la de las posibles ejecuciones indebidas. Hablamos de ejecuciones de las garantías sin que haya causa para ello y como medio de presión al contratista para que realice trabajos o modificaciones a los mismos no incluidos en el contrato..., o a veces ejecuciones indebidas por razones políticas (así, en Irán, en los años 80 se ejecutaron de manera indiscriminada garantías incondicionales emitidas por bancos americanos a favor de compañías igualmente americanas que estaban realizando obras o suministros en aquel país).

¿Por qué les gusta a los bancos este tipo de garantías y a las compañías de seguros no?

Es posible que una respuesta la encontremos en que los bancos tienen como principal actividad otorgar préstamos a sus clientes, es decir, darles dinero, y qué duda cabe que una garantía, por muy incondicional que sea, supone siempre un riesgo menor que el de dar dinero en efectivo. Por otra parte, los

bancos suelen controlar la cuenta corriente de sus clientes y, en ocasiones, pueden “adeudar” en dicha cuenta el importe de las garantías reclamadas casi de manera automática.

Es un hecho cierto que la banca, cuando actúa como afianzador, quiere instrucciones claras y precisas de sus clientes sobre cuándo y cómo debe hacer frente al compromiso que adquiere cuando emite una garantía.

La banca no quiere verse en la situación de tener que analizar si una garantía ha sido ejecutada o no correctamente, porque ello le llevaría a enfrentarse con su cliente, si decide pagar, o con el beneficiario, si decide rechazar el pago, y en uno y otro caso, podría incurrir en posibles responsabilidades legales. La banca prefiere que las garantías sean lo más simples posible, y si además en el momento de ejecutar la garantía pueden adeudar su importe en la cuenta de su cliente, mejor todavía.

Las compañías de seguros no tienen el capital de los bancos, aunque cuentan con igual o parecida solvencia si tenemos en cuenta a los reaseguradores con quienes comparten el riesgo, no se dedican a dar préstamos ni controlan la cuenta corriente de sus clientes... y, por eso, no les gusta comprometerse a pagar sin condiciones las garantías que emiten. Creen que el pago debe realizarse cuando se ha producido el incumplimiento ya que ese es el verdadero objeto de la garantía: garantizar el cumplimiento del contrato y no el de facilitar, en ocasiones, un pago rápido al beneficiario sin causa que lo justifique.

Parecería que en las garantías incondicionales se produce una inversión de la carga de la prueba. En una garantía condicional o accesoría el beneficiario debe probar por los medios que marca la ley que se ha producido el incumplimiento del tomador del seguro, mientras que en una garantía incondicional es el tomador del seguro, o su afianzador, el que debe probar, después de haber pagado, que la reclamación fue indebida y que por tanto debe reembolsársele el pago realizado.

No obstante lo mencionado anteriormente respecto a que a las compañías de seguros no les gusta emitir garantías incondicionales, es un hecho que legalmente pueden emitir las, y que de hecho las emiten, aunque siempre con ciertas restricciones (solo para grandes clientes, ante beneficiarios que difícilmente harían una ejecución indebida de las garantías, a tasas de prima más elevadas...).

Como hemos dicho, en el capítulo XV veremos la solución que aporta sobre este tema de las garantías incondicionales la Cámara de Comercio Internacional.

6.6. Garantías con cláusula al primer requerimiento

Como hemos mencionado en el punto anterior, es muy habitual confundir las garantías que llevan incorporadas la cláusula de pago “al primer requerimiento” con las garantías incondicionales abstractas y, aunque es un hecho cierto que, prácticamente, todas las garantías incondicionales establecen que el pago de la fianza una vez que ha sido ejecutada se hará al primer requerimiento, no todas las garantías que incorporan esta cláusula son incondicionales.

En efecto, está siendo habitual en muchos países, que dentro de los modelos de garantías que se solicitan en la contratación pública, se introduzca la expresión de que el pago del afianzador al beneficiario se hará al primer requerimiento de éste. Como quiera que en muchos contratos de reaseguro se excluyen del mismo las garantías incondicionales y/o a primer requerimiento, como si fueran la misma cosa, ha surgido en muchas afianzadoras la duda de si podían emitir o no este tipo de fianzas.

Hoy es un hecho cierto en la doctrina y en el mercado que se aceptan las garantías condicionales con cláusula a primer requerimiento y, de hecho, son muy frecuentes como hemos dicho anteriormente en la contratación pública de algunos países.

En la contratación privada o en el tráfico mercantil internacional, es menos habitual este tipo de garantía, ya que lo que prima es la garantía incondicional con pago al primer requerimiento.

¿Qué quiere decir que una garantía sea condicional al primer requerimiento? Pues que, tal y como hemos dicho antes, una vez cumplida la condición que se haya acordado en la garantía, o la que venga establecida en la legislación que le sea aplicable, el pago de la fianza una vez ejecutada deberá ser realizado “al primer requerimiento” del beneficiario, lo que no deja de ser una obviedad: cumplida la condición, el pago debe realizarse sin demora. ¿Por qué entonces esta cláusula? Por la oposición sistemática del contratista a reconocer que ha incumplido y por la oposición pertinaz, en ocasiones, de algunos afianzadores a realizar el pago una vez cumplida la condición que le obliga a ello. En palabras del profesor Camacho de los Ríos (El Seguro de Caucción. Estudio Crítico. Editorial Mapfre 1994), “no cabe duda de que es siempre preferible no pagar, por mucho que después pueda repetirse el pago”.

¿Por qué consideramos que la cláusula “al primer requerimiento” que se recoge en muchas garantías en la contratación pública, no convierte a dichas garantías en garantías incondicionales?

Reproducimos aquí los argumentos que se recogen en las sentencias del Tribunal Supremo de España del 30 de marzo y 9 de abril de 1999, y que fueron sostenidas por la representación del Estado español en el caso de la impugnación presentada por el sector asegurador contra la disposición reglamentaria que introducía la cláusula “al primer requerimiento” (ver en

anexos 1 y 3 del capítulo IV, los textos de las garantías de oferta y de ejecución en España, respectivamente, en el que textualmente se dice que: "el asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento..." en los modelos de garantías, y que tenía como razón de fondo del sector asegurador el temor de que la cláusula "al primer requerimiento" pudiera ser sinónimo de garantía incondicional que pudiera dar lugar a reclamaciones abusivas:

- "El asegurador, asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, en los términos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normas de desarrollo.
- La expresión al primer requerimiento "no se utiliza en el precepto...de forma "pura y simple", sino conectada a "los términos establecidos en la Ley", es decir, puesta en conexión inmediata con el artículo 47.3 de la Ley de Contratos de 1995.
- En ningún caso el precepto priva a la entidad aseguradora de su condición de "interesada" en el procedimiento, por cuanto el artículo 47.2 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, determina que el avalista o el asegurador serán considerados parte interesada en los "procedimientos que afecten a la garantía prestada", en los términos previstos en la Ley 30/92".
- La precisión de que "el compromiso asumido por el asegurador se realice al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos, determina la necesidad de acudir a los procedimientos administrativos específicos de actuación de este Organismo".
- Del artículo 26.1.c) del Reglamento de la Caja, resulta con "claridad meridiana" que debe acreditarse, entre otros trámites, "la notificación previa al interesado de la intención de formular la solicitud de incautación, a efectos de audiencia".
- Resulta, pues, evidente que la audiencia de la entidad aseguradora, que es sin duda "interesada" en estos procedimientos, por disponerlo así según se ha dicho en el artículo 47.2 de la Ley de Contratos, se tiene que producir en todo caso (...), ante el órgano administrativo a cuyo favor se constituyó la garantía de cuya ejecución se trata".

Como dice Javier Bergamín, Director de la Asesoría Jurídica de MAPFRE Caución y Crédito (España)¹⁸:

¹⁸ Conferencia "El Seguro de Caución y el Primer Requerimiento" impartida en la Universidad de Granada el 12 de noviembre de 2004, dentro del Seminario que sobre "Tendencias actuales de los contratos de garantía" se celebró en esa ciudad con el patrocinio de la propia

Atendiendo a las consideraciones anteriores, impecables, es posible afirmar que los contratos de seguro de caución constituidos “a primer requerimiento”, en el ámbito de la contratación administrativa no participan plenamente del carácter de garantía autónoma, abstracta o independiente, y que el peligro de su ejecución o incautación abusiva se ve muy mitigado en la práctica.

La ley de Contratos administrativos establece, en efecto, que el “incumplimiento culpable” del contratista de sus “obligaciones esenciales” constituye causa de resolución del contrato, que la resolución se acordará mediante procedimiento y conllevará la incautación de la garantía, y que el asegurador debe ser considerado como parte interesada en dicho procedimiento a efectos de audiencia [artículos 111 g), 112.1, 113.4 y 46.2 del Texto Refundido; y artículos 31, 84.1 y 2 y 85.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ambas en España).

En consecuencia, la Administración o el asegurado está obligado por Ley a incoar e instruir un procedimiento específico encaminado a probar o a acreditar no sólo la realidad del incumplimiento del contratista o del tomador del seguro, sino que el mismo afecta a obligaciones “esenciales” y que el incumplimiento es “culpable” o imputable al contratista.

El Consejo de Estado español, en su Dictamen núm. 909 de 21 de julio de 1992 ya advertía que el acuerdo de resolución del contrato por causa imputable al contratista, con las graves consecuencias que ello comporta, “no puede basarse en meros juicios o afirmaciones que no se vean respaldados documentalmente”.

Constituye además doctrina reiterada del Tribunal Supremo de España que la omisión del trámite de audiencia de la entidad aseguradora en el procedimiento administrativo encaminado a acreditar el incumplimiento del contratista (tomador) y a ordenar la ejecución del seguro de caución, constituye causa de nulidad radical del acuerdo de resolución del contrato y, por consiguiente, de la incautación decretada (Sentencias de 6 de febrero de 1988, 14 de marzo de 1989, 14 de mayo de 1991 y 11 de junio de 2002).

La ley y su interpretación jurisprudencial permiten concluir que las entidades aseguradoras sí pueden exigir al asegurado o beneficiario del contrato de seguro de caución “a primer requerimiento” la acreditación previa del incumplimiento de las obligaciones del tomador del seguro, no sólo en vía administrativa sino también en vía jurisdiccional, en todas sus posibles instancias.

El contrato de seguro de caución con cláusula “a primer requerimiento” no constituye, por tanto, una garantía incondicional, autónoma o absolutamente abstracta en el ámbito de la contratación administrativa.

Universidad, la Fundación Mapfre Estudios, la Asociación Panamericana de Fianzas y la Fondation Jean Bastin.

6.7. Garantías para afianzar obligaciones de pago

Ya hemos mencionado anteriormente que, por lo general, las compañías de seguros de caución emiten sólo fianzas en garantía de obligaciones de hacer, pero dicho esto, debemos apresurarnos a decir que también se emiten fianzas en garantía de obligaciones de pago, fundamentalmente en el ámbito de las fianzas aduaneras.

La diferencia fundamental entre un tipo y otro de garantía es que en la primera de ellas, las fianzas en garantía de obligaciones de hacer, el tomador del seguro ha formalizado un contrato de obra, suministro o servicio, y su obligación en el mismo es “hacer” la obra, “realizar” el suministro o “cumplir” el servicio. Él no tiene que pagar nada. Todo lo contrario: a él le pagan por lo que “hace”, “realiza” o “cumple”.

Las fianzas que se exigen en este tipo de contratos (la fianza de licitación, ejecución, de pago anticipado...) nunca garantizan que el tomador tendrá que pagar, puesto que no es esa su obligación contractual, sino que cumplirá con su obligación de hacer la obra, realizar el suministro o cumplir con el servicio contratado.

En las fianzas en garantía de obligaciones de pago ocurre justamente lo contrario: la obligación del tomador del seguro es la de pagar. La fianza de pago más característica es la fianza de aduanas que garantiza el pago del impuesto debido a la importación. El importador, nuestro tomador del seguro, está importando una mercancía y dicha operación lleva incorporada la obligación legal de pagar el correspondiente impuesto. El pago del impuesto, en muchas ocasiones, se realiza después del “levante” de las mercancías, es decir después de que el importador las ha retirado de su lugar de llegada (puerto, aeropuerto...) y en garantía de que el importador hará frente al pago del impuesto, entregará una fianza que, de esta forma, garantiza una obligación de pago.

Ya hemos visto en el capítulo 4, al hablar de los distintos tipos de garantías, que hay otras fianzas que también garantizan obligaciones de pago (las de alquiler, las de precintas alcohólicas...) y que, por lo general, esta obligación es de carácter legal, es decir, viene exigida por una ley, reglamento u otra disposición legal, y se aplica a todas las empresas que realicen ese tipo de operaciones, sin exclusión alguna sea cual sea la solvencia de la empresa que la realice.

Las compañías de seguros normalmente consideran que las fianzas en garantía de obligaciones de pago son de mayor riesgo que las que garantizan obligaciones de hacer y, por ello, extreman las precauciones cuando suscriben este tipo de riesgo. Las razones para ello son evidentes: una empresa puede tener en un momento dado un problema de tesorería que bien pudiera impedirle hacer frente a todas sus obligaciones de pago y, sin embargo, nada le impediría continuar adelante en su actividad empresarial, sea esta la que

fuere. En estas circunstancias, es muy posible que si dicha empresa tuviera fianzas en garantía de obligaciones de pago, éstas pudieran ejecutarse, porque la empresa no puede pagar todos sus compromisos, mientras que las fianzas en garantía de obligaciones de hacer no serían ejecutadas porque la empresa continúa con su actividad normal.

No es de extrañar que ante el mayor riesgo que entrañan este tipo de fianzas, el asegurador esté dispuesto a emitir para una determinada empresa fianzas en garantía de obligaciones de hacer, y no esté, sin embargo, en disposición de hacerlo para fianzas en garantía de obligaciones de pago.

Aunque no se trata de una fianza en garantía de una obligación de pago, queremos mencionar expresamente que por norma general, las aseguradoras tienen una política de suscripción más restringida para las fianzas de pago anticipado que para otras fianzas contractuales como las de licitación, ejecución, mantenimiento...

Como hemos dicho, esta fianza de pago anticipado no garantiza una obligación de pago, porque lo que realmente garantiza es que el tomador del seguro invertirá el dinero cobrado anticipadamente en el contrato y hará un buen uso del mismo. El tomador no debe devolver el dinero, tiene que invertirlo correctamente y sólo si incumple esta obligación vendría obligado a la devolución del anticipo. La razón para una suscripción más prudente, viene del hecho de que el importe de estas garantías es normalmente muy elevado. No es infrecuente que las fianzas de ejecución en muchos países no superen el 10% del precio del contrato y, sin embargo, las de pago anticipado pueden llegar a ser tres o cuatro veces superior, ya que no debemos olvidar que garantizan el 100% del anticipo y este, en ocasiones, llega a superar el 30% del valor total del contrato.

A pesar de esta política de suscripción más restringida en las fianzas de pago anticipado, ocurre en ocasiones que en caso de incumplimiento de un contrato por problemas económicos del contratista, vemos que la fianza de ejecución, o de buen fin, se incauta porque hay un incumplimiento, mientras que puede no ocurrir lo mismo con la fianza de pago anticipado porque en el momento de cese de la actividad por parte del contratista, éste bien pudiera haber invertido ya en la obra todo en anticipo recibido.

6.8. Garantías financieras

Hemos hablado ya en el **capítulo IV punto 4.16** sobre las garantías financieras, y poco queda que añadir. A lo largo de las últimas décadas varias han sido las compañías que han hecho incursiones en este terreno, y el resultado final ha sido siempre desastroso.

Casi todas las compañías de seguros de caución son pequeñas y su volumen de primas no llega, en muchos casos, ni al 1% del total de las primas de

seguros en sus respectivos países. En estas circunstancias, no es extraño que algunas aseguradoras hayan buscado vías de crecimiento en mercados no habituales para el seguro de caución y, dentro de estos el más atractivo ha sido el de las garantías financieras.

La historia, de manera reiterada, ha demostrado lo peligroso de este tipo de garantías, a pesar del atractivo de su importante volumen de negocio y ha visto cómo se ha producido, más tarde o más temprano, la quiebra de las compañías que se han atrevido a adentrarse en este mercado.

Hoy todos los aseguradores y reaseguradores rechazan este tipo de operaciones que quedan excluidas tanto en la política de suscripción de las compañías de seguros de caución como en los tratados de reaseguro

6.9. La política de suscripción. Consideraciones finales

El marco legal, la propia experiencia del asegurador, de su reasegurador y de los mercados en los que operan, orientará la política de suscripción de cada asegurador, y así vemos, por ejemplo, que mientras que en algunos países las fianzas ante las aduanas se consideran como un riesgo excelente, en otros, por el contrario, se piensa que son de mayor riesgo que las fianzas de contrato.

En muchos países las fianzas que se solicitan son, por lo general, a primer requerimiento y se obtienen buenos resultados y, en otros, o están legalmente prohibidas, o algunos aseguradores excluyen de su política de suscripción este tipo de fianzas por considerarlas de alto riesgo.

En algunos países se emiten con frecuencia fianzas ante beneficiarios privados, y en otros se hace de manera muy restringida. Algunas compañías no emiten, o lo hacen en pocas ocasiones, fianzas en garantía de obligaciones de pago, y otras las emiten con frecuencia...

Normalmente la política de suscripción no es estática ya que, por una parte, debe incorporar el fruto de la experiencia pero, por otra parte, no debemos olvidar que este es un ramo del seguro muy sujeto a modificaciones legales que pueden introducir nuevas modalidades de afianzamiento o anular algunas que ya existan y, por ello, podemos encontrar políticas de suscripción muy diferentes según el país que analicemos o incluso dentro del mismo país.

El reasegurador debe conocer a fondo cuál es la política de suscripción de la compañía y las modificaciones sustanciales que se produzcan en la misma, ya que en base a ella establecerá los límites de su participación. Si se produce un cambio sustancial en la política de suscripción y el reasegurador no es informado, el asegurador puede tener serios problemas si hay un siniestro importante de un tipo de riesgo que en principio estaba excluido de la política de suscripción y no se le ha comunicado al reasegurador que esta ha sido cambiada.

Las compañías, al establecer su política de suscripción, no sólo fijarán los criterios sobre qué tipos de fianzas emitirán y cuáles no, sino también establecerán qué parámetros utilizarán para realizar el análisis financiero de sus clientes, así como otros criterios para el otorgamiento de fianzas, como por ejemplo, el importe de la línea de clasificación y su relación con los fondos propios del cliente, antigüedad y experiencia requerida, porcentaje de la línea de clasificación que podrá utilizarse para según qué tipo de fianzas (por ejemplo, no más del 15% de la línea de clasificación puede utilizarse en fianzas de pago anticipado), necesidad de requerir o no contragarantías, si se ofrecerá a los clientes, o no, la posibilidad de emitir fianzas en el extranjero

Dentro de la política de suscripción, deberá también establecerse quién y cómo se aprobarán/denegarán las operaciones/cliente que se sometan a análisis y las normas de funcionamiento de los Comités que, a dichos efectos, deberán crearse (ver capítulo VII) fijando diferentes quórum para la aprobación de líneas o límites de clasificación.

CAPÍTULO VII LOS COMITÉS DE SUSCRIPCIÓN

7. LOS COMITÉS DE SUSCRIPCIÓN

7.1 Los comités de suscripción

La suscripción en cualquier ramo del seguro es siempre un asunto de la máxima importancia ya que de la misma dependen, fundamentalmente, los resultados técnicos de la empresa.

Hay ramos del seguro, sobre todo los que cubren “*riesgo masa*”, como el automóvil, el hogar... que son ramos de “*tarificación*”, es decir, ramos en los que el riesgo se conoce muy bien, por ser común a millones de personas, y a los que aplicándoles unas pocas variables se puede llegar fácilmente a establecer el precio del seguro, la tarifa. Por el contrario, hay otros ramos en los que la bondad del riesgo no deriva exclusivamente de una buena tarificación, sino que es más importante la previa selección de clientes y la correcta suscripción.

El ramo de Caución es uno de los casos más claros de la importancia de la selección de clientes, ya que si se hace correctamente, la siniestralidad “*puede*” llegar a ser nula. Algunos incluso dicen que la siniestralidad “*debe*” ser nula y de no ser así es que se ha producido un fallo en la selección del cliente ya que en este seguro los siniestros no son producto del azar, sino del deterioro de la situación económica del cliente, y eso es algo que, teóricamente al menos, un buen suscriptor debe prever.

Lo primero que tiene que hacer una compañía de seguros de caución ante un nuevo cliente potencial, es decidir si está dispuesta a darle o no las fianzas que dicho cliente necesitará en un futuro. Sería la segunda parte, de las tres que mencionábamos en el capítulo anterior, de la suscripción en el ramo de Caución: la suscripción del cliente.

En el capítulo VIII veremos cómo podemos y debemos suscribir, desde un punto de vista económico y financiero, a un cliente, y en este capítulo analizaremos cómo se deben tomar las decisiones sobre admisión o no de nuevos clientes y por quién.

En el seguro de Caución lo que el asegurador garantiza, porque así lo pide una ley, o un reglamento, o un contrato, es que alguien, al que denominaremos “el

tomador del seguro”, cumplirá con sus obligaciones legales, reglamentarias o contractuales, y ese cumplimiento depende siempre de la capacidad técnica y financiera del cliente y, por ello, la compañía debe tener profesionales capaces de predecir si sus clientes reúnen esas capacidades necesarias para poder cumplir con sus obligaciones.

¿Cómo se deben tomar esas decisiones, y por quién?

La primera recomendación es que la suscripción en el ramo de Caución debe hacerse de manera centralizada, es decir, en un solo lugar y siempre por personas con capacidad y preparación para ello.

Al contrario que en otros ramos del seguro, en el seguro de Caución los clientes no lo son de un solo riesgo que se renueva anualmente, sino que mantienen unas relaciones permanentes con el asegurador, con quien tienen un número mayor o menor de fianzas en vigor, que se van emitiendo y cancelando sin una periodicidad establecida.

Parecería lógico que esas decisiones de aprobación de líneas de clasificación y de emisión/cancelación de fianzas, requiriesen, en aras de la agilidad en la respuesta, una toma de decisiones descentralizada y, sin embargo, debemos afirmar que la práctica aconseja justamente lo contrario, y por varias razones entre las que destacaremos que el perfil profesional que requiere el suscriptor de una compañía de seguros de caución, tanto para realizar los análisis como para la toma de decisiones, hace difícil, si no imposible que se puedan tener suscriptores de riesgos en todas las oficinas que la compañía tiene abiertas y, además, la centralización permite, por otra parte, la especialización de suscriptores por sectores de actividad, importes... algo que no sería posible con una suscripción descentralizada, donde el número de decisiones a tomar no permitiría la necesaria especialización y experiencia que debe tener un suscriptor profesional.

Por otra parte, el control del cúmulo de riesgos también se facilita si todas las decisiones sobre aprobación de líneas de clasificación y sobre emisión de operaciones se realizan desde un único sitio.

Cada compañía debe establecer quién realizará el análisis financiero, y en su caso, técnico de los clientes y cómo se tomarán las decisiones. Tal y como comentaremos en el siguiente apartado de este capítulo, es muy difícil, a veces imposible analizar y suscribir todas y cada una de las fianzas y contratos cuyo cumplimiento nuestros clientes nos solicitan que garanticemos y, por ello, lo que normalmente hacen las compañías profesionales es analizar/suscribir a los clientes, más que las fianzas o los contratos.

Antes de emitir la primera de las fianzas que el cliente nos solicita, el asegurador de Caución debe haber tomado ya la decisión de si emitirá o no fianzas para ese cliente, de qué tipo y por qué cuantía individual y acumulada.

Es decir, como hemos dicho, suscribir el cliente, no la fianza o el contrato cuyo cumplimiento va a garantizar.

La práctica de muchos aseguradores aconseja que la suscripción de los clientes se haga de manera colectiva, es decir por más de una persona y nunca de manera individual. El principio de que ven más cuatro ojos que dos, es totalmente aplicable en la toma de decisiones de suscripción en el ramo de Caución.

Es recomendable la creación de uno o más comités de suscripción para la toma de decisiones, y éstas, las decisiones, nunca serán, por lo general, aprobar esta o aquella fianza, sino otorgar una línea o un límite, o una clasificación para la emisión de fianzas, y dentro de dicha línea, límite o clasificación, se emitirán posteriormente las fianzas que el cliente vaya solicitando dentro de los parámetros acordados en la concesión de la línea de clasificación, y con o sin analizar individualmente cada uno de los contratos y de las fianzas que deberemos emitir, según lo que comentaremos más adelante.

El comité, o los comités si se crea más de uno (bien pudiera haber un Comité para analizar clientes que soliciten líneas de clasificación de importe reducido y otro para clientes cuya línea de clasificación supere un importe determinado) deberá establecer sus normas de actuación, fijando el número de personas que lo/s compondría/n, el quórum para que esté correctamente constituido, el quórum para la toma de decisiones (se recomienda o bien unanimidad o porcentajes muy elevados de votos a favor para que las líneas de clasificación se consideren aprobadas), qué documentación habrá de entregarse a los miembros del comité, periodicidad de las reuniones, quién hará de presentador/introductor de cada uno de los expedientes que se pasan a aprobación por el comité...

Es recomendable que el presentador del expediente de su opinión sobre el cliente, escrita o verbal, de cuál cree él que debe ser la decisión que el Comité debe tomar, ya que habrá dedicado más tiempo que ningún otro a analizar al cliente que se somete a aprobación. Naturalmente esa opinión no será vinculante pero sí una buena referencia.

De las decisiones del comité se levantarán Actas que serán entregadas al departamento que corresponda para dar de alta al cliente e iniciar el proceso de firma de la póliza que regulará nuestras relaciones con el mismo, instruyendo al cliente en el procedimiento para la solicitud de emisión de fianzas, cancelación de las mismas, facturación y pago de recibos... A partir de la firma de la póliza, el cliente ya estará en disposición de solicitarnos la primera de las garantías que quiere que le emitamos.

Una ventaja añadida de la suscripción mediante el otorgamiento de líneas de clasificación al cliente, es la eliminación de la urgencia en la toma de decisiones.

No olvidemos que la fianza es una obligación legal o contractual y que, por ello, cuando contactamos hoy con un potencial cliente, que lleva en el mercado 5, 10, 20 o más años, debemos saber que desde hace exactamente ese mismo número de años, alguien, otro afianzador (banco o compañía de seguros) le está emitiendo las fianzas que necesita y que, por lo tanto, si lleva 20 años trabajando con otro afianzador bien podrá esperar 5 ó 10 días más antes de empezar a trabajar con nosotros.

El suscriptor debe tener a su disposición cuantos datos de su cliente estime necesarios, y no debe tener reparo alguno en solicitarlos. Bajo ningún concepto se debe tomar una decisión relativa a la concesión de una línea de clasificación a un cliente sin tener todos los datos que se estimen imprescindibles a disposición del suscriptor, o del Comité de Suscripción.

No debe aceptarse la negativa del cliente a aportar sus datos y menos aún tomar decisiones que impliquen la asunción de riesgos por el asegurador sin haberlos solicitado. Incluso en aquellos casos en los que el cliente tenga notoriedad pública, o sea cliente importante de otros seguros en los que también opera el asegurador, hay que solicitar datos como los balances y cuenta de pérdidas y ganancias de los últimos tres años.

Desaconsejamos vivamente la delegación o apoderamiento para la suscripción de riesgos a personas no cualificadas profesionalmente para analizar correctamente la situación económico-financiera de un cliente. Cada compañía debe establecer un proceso para la suscripción y seguirlo en todos los casos.

El devenir empresarial es siempre incierto y, por ello, la línea de clasificación que otorguemos a un cliente no puede ser de duración indefinida. La compañía debe revisar, reclasificar, al cliente por lo menos una vez al año salvo que el conocimiento de noticias alarmantes obliguen a acortar ese plazo y a tomar decisiones con carácter inmediato.

El Comité analizará de esta manera a empresas que se someten a clasificación por primera vez junto a otras que pasan a reclasificación.

Hay que establecer mecanismos para tener la seguridad de que todas las empresas serán reclasificadas por lo menos una vez al año, incluso a través de medios informáticos que impiden la emisión de nuevas garantías si el cliente no ha sido reclasificado en ese plazo. Naturalmente ello obliga al asegurador a solicitar la actualización de datos económicos a sus clientes, a renovar los informes de agencias profesionales... aunque es cada vez una práctica más frecuente que las empresas envíen motu proprio la actualización de sus datos a sus proveedores financieros.

7.2 Líneas de clasificación

Como ya hemos dicho reiteradamente, el comité de suscripción, por lo general, aprueba o deniega la concesión de líneas de clasificación y no fianzas ni contratos individuales.

La línea de clasificación no se debe limitar a fijar sólo la cifra que represente el límite máximo de riesgo acumulado que la compañía quiere tener con un cliente, sino que a su vez, debe determinar todos otros aquellos criterios que se le deben aplicar al cliente de que se trate.

Deberá así fijar, de acuerdo con la propia política de suscripción de la compañía, qué tipo de fianzas se emitirán para ese cliente, si se le debe pedir o no que aporte, y en qué casos, copia de los contratos que vamos a garantizar, si habrá un límite máximo por fianza, si se le emitirán fianzas tanto ante organismos públicos como ante empresas privadas, si debe aportar contragarantías de terceros...

No hay que olvidar por otra parte que en ocasiones los propios tratados de reaseguro hacen distinciones entre unos y otros tipos de fianzas, y así podemos ver tratados que imponen algunas restricciones a las fianzas que teóricamente implican un mayor riesgo como pueden ser las de pago, las judiciales...

Los comités de suscripción deben indicar si la línea que otorgan lo es para todo tipo de fianzas, sin restricciones, es decir "abierta" o si, por el contrario, la línea de clasificación sólo lo es para un tipo de fianzas, por ejemplo, las contractuales pero no las de pago, o incluso si la línea aprobada lo es excepcionalmente para una sola operación (podría ser el caso de un contrato especialmente importante, cuya fianza es por un importe que supere ampliamente la línea de clasificación que se le otorgará al cliente en circunstancias normales y, por ello, se le aprueba una línea para esa operación concreta, línea que una vez finalizado el contrato de que se trate y devuelta la fianza, quedará cancelada automáticamente).

Las líneas de clasificación facilitan el tratamiento informático del cliente, la emisión casi automática de las fianzas y su cesión al reaseguro correspondiente. En efecto, una vez que el cliente solicita la emisión de una fianza al departamento de emisión, éste debe comprobar que existe una línea de clasificación aprobada y que dicha fianza encaja perfectamente dentro de los parámetros indicados en el Acta en donde se recoge la aprobación de la línea.

Comprobados estos datos la emisión, sin más requisitos previos (salvo que por su importe, texto, duración... haga necesaria su aprobación individualizada) es automática.

7.3. El dossier del cliente

Para poder analizar correctamente a un cliente hay que tener una serie de datos básicos y mínimos imprescindibles, sin los cuales el análisis o no sería posible o no sería completo.

Es normal que todas las compañías de seguros tengan lo que se denomina la “solicitud de seguro”, documento que en algunas legislaciones forma parte de la póliza y que es de gran importancia que esté correctamente cumplimentada. Puede haber más de un tipo de solicitud ya que hay también más de un tipo de cliente, y no a todos se les piden los mismos datos o se les requieren los mismos documentos.

Es práctica habitual tener en los seguros de caución una solicitud para los clientes personas jurídicas o morales, los más, y otra para las personas físicas, pero también hay determinado tipo de clientes, por ejemplo los promotores de viviendas, que por el tipo de actividad que realizan deben aportar otro tipo de documentos, como la licencia de obras, información sobre los seguros contratados... que sin embargo no son necesarios para otros clientes.

Normalmente la solicitud se firma una única vez durante la relación entre el asegurador y su cliente y, por eso, es importante que esté firmada y correctamente cumplimentada.

En la solicitud el cliente nos dará sus datos personales relativos a nombre, dirección, fecha de constitución... pero, además, deberá aportar otros que serán de gran utilidad como sus accionistas más importantes y el porcentaje de capital que tienen, sus directivos y miembros del Consejo de Administración o Directorio...

La compañía podrá pedir otros datos que por su experiencia sean de gran utilidad, como puede ser el detalle de los bienes inmuebles propiedad de la compañía, con indicación de sus datos registrales (importante si se van a solicitar contragarantías reales), obras más importantes realizadas para conocer la experiencia del cliente, otros afianzadores con los que trabaja en ese momento...

Además de los datos mencionados el cliente deberá aportar la información económica que permite realizar el correspondiente análisis financiero y, entre ellos, los más importantes sin duda **los balances y cuenta de pérdidas y ganancias auditados** de, al menos, los últimos tres años, cuando se trate de personas jurídicas, o de la declaración del Impuesto sobre la renta y el patrimonio cuando se trate de personas físicas.

En este último caso, también deberá solicitarse el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de la actividad principal del solicitante durante los últimos tres años y es importante señalar que la solicitud debería ir firmada, si el

solicitante está casado, conjuntamente con su cónyuge, salvo que el régimen económico del matrimonio fuera el de separación de bienes.

Los mismos requisito indicados hasta ahora, deben pedirse a los contragarantes si los hubiera.

Cuando el solicitante es una persona jurídica o física que actúa en base a una concesión o licencia administrativa, por ejemplo las Agencias de Viaje, deberán hacer entrega de una fotocopia de la concesión o licencia en base a la cual está funcionando.

Sigue siendo una práctica habitual en algunos países, aunque afortunadamente cada vez en menos, que los clientes o bien se niegan a aportar los datos, fundamentalmente los de naturaleza económica, o bien entregan copias de balances y cuentas de pérdidas y ganancias que, o no están auditados, ya que no siempre es obligatorio que así sea, o no son los fiscales, es decir, los utilizados para liquidar el impuesto de sociedades, sino simplemente unas hojas en blanco, normalmente sin ni siquiera membrete, y que las entregan con el comentario adicional de que esos son los datos “reales” de la empresa y no los balances presentados al fisco, en los que por razones impositivas declaran pérdidas, disminuyen las ventas, incrementan los gastos...

El asegurador no puede aceptar esa situación ya que su decisión debe tomarse sobre documentos que sean oficiales, es decir, que impliquen al menos un compromiso del cliente. Si por cualesquiera que fueran las circunstancias no fuera posible acceder a balances auditados u oficiales, es imprescindible que los balances que nos entreguen figuren sellados y firmados y, aún así, es recomendable extremar las precauciones a la hora de la aprobación de las líneas de clasificación, porque un cliente que no declare sus datos con exactitud a la Hacienda Pública de su país, bien pudiera estar haciendo lo mismo con el asegurador, más aún cuando lo que intenta es que se le otorgue una línea de clasificación y sabe que para ello debe mostrar una situación financiera saludable, que bien pudiera no tener en ese momento.

A todos estos datos que se recogen o que se entregan junto con la solicitud, el asegurador debe añadir cuanta información pueda conseguir por otros medios, como noticias de prensa especializada, acceso a datos sobre cumplimiento de obligaciones de pago, letras, pagarés... y, muy fundamentalmente, informes comerciales conseguidos bien sea a través de la banca o por medio de agencias profesionales de información que nos permitirán conocer, a veces incluso antes de contactar con el propio cliente, cuál es su comportamiento habitual en los pagos, la opinión del mercado y de sus proveedores sobre él, posibles reclamaciones judiciales en las que se encuentra inmerso...

El análisis de esta información de terceros sobre el cliente (no olvidemos que la anterior nos la ha facilitado el propio cliente) es de gran importancia y, además, debe actualizarse de forma periódica.

7.4. Clientes especiales

Hay algunos clientes que por razones de tipo jurídico deben considerarse como especiales. El caso más normal es el de las Joint Ventures o las Uniones Temporales de Empresa (UTE), entidades jurídicas de carácter coyuntural, y normalmente de corta duración, que se establecen entre dos o más personas físicas o jurídicas con objeto de realizar un proyecto o contrato determinado. No es infrecuente que en estos casos alguno de los componentes sea de nacionalidad extranjera.

En estos casos la legislación suele, por lo general, establecer la responsabilidad solidaria de todos los componentes y no debe haber problemas para la aprobación de este tipo de clientes cuando todos sus componentes están ya aprobados por el asegurador, o cuando sólo lo está ya alguno de los componentes de la Unión Temporal y su línea de clasificación es más que suficiente para emitir la/s fianza/s que necesite la UTE en la que participa. Si el cliente nos parecía bueno por sí mismo, la UTE añade a su solvencia la de los otros componentes ya que cada uno de ellos asume el 100% del riesgo.

Es relativamente frecuente en el caso de las UTEs, sobre todo cuando la obra es en el extranjero, que el cliente del asegurador de caución, que responde solidariamente junto a los otros componentes de la UTE ante el beneficiario, intente limitar su responsabilidad ante el asegurador al porcentaje de su participación en la UTE. Esto hay que evitarlo hasta donde se pueda, pero si el asegurador se viera en la situación de tener que aceptarlo, debería hacerlo sobre la base de que sea cual sea el componente de la UTE que causa el incumplimiento que da lugar a la ejecución de la fianza, su cliente pagará la parte que le corresponde de la fianza ejecutada, y no podrá excusarse en que el incumplimiento se debió a otro de los componentes de la UTE para no pagar su parte, incluso cuando el inicio de su actividad en el contrato todavía no se ha producido.

Imaginemos una UTE para la construcción de una línea de metro en la que también se contempla el suministro de trenes y vagones. La UTE está formada en un 60% por el constructor y un 40% por el suministrador y fabricante de los bienes. El asegurador de Caución ha emitido la fianza por el 100% de su importe ante el beneficiario y ha recibido el compromiso de reembolso del 60% por parte del constructor y del 40% por parte del suministrador. Pues bien, si se produjese un incumplimiento durante la fase de la construcción, que llevase aparejada la rescisión del contrato con incautación de la fianza, el suministrador vendría obligado a rembolsar al asegurador el 40% de la cantidad pagada, y no podría negarse a dicho reembolso aduciendo que él aún no había iniciado su parte del contrato.

En cualquier caso, y tal y como se ha dicho antes, el asegurador debe intentar que la garantía de reembolso de las cantidades que pudiera verse obligado a pagar si la fianza fuese incautada, sea del 100% por cada uno de los integrantes de la UTE.

No es infrecuente en el caso de UTE's con participación en la misma de compañías de más de un país, que haya varios aseguradores, cada uno garantizando, vía fronting (véase capítulo 10 sobre esta forma de garantía) a la compañía de su propio país. El asegurador local que emite la fianza en el país en que se celebra el contrato, suele retener el riesgo correspondiente a la empresa o empresas locales que participan en la UTE, recibiendo una contragarantía, vía fronting, de cada una de las compañías colegas extranjeras, por el porcentaje de participación de cada uno de los componentes extranjeros de la UTE.

Son situaciones que pueden resultar incómodas para el asegurador local en caso de incumplimiento, ya que posiblemente le será ejecutada la fianza al 100% y el tendrá que ir repercutiendo o recuperando la parte no retenida de cada uno de las compañías colegas extranjeras de las que ha recibido un fronting y, por ello, es recomendable la participación en este tipo de operaciones solo cuando la solvencia de los miembros de la UTE y de las compañías colegas que nos darán el fronting, sea incuestionable.

De nuevo recordamos que una manera de evitar, o al menos aminorar, estos problemas, sería conseguir de todos y cada uno de los miembros de la UTE, la solidaridad entre ellos ante el asegurador, al igual que la tienen ante el beneficiario.

En el capítulo XI sobre El Reaseguro se comenta un asunto primordial que no es otro que el de como imputar el riesgo entre los miembros de la UTE, algo que en cualquier caso deberá establecerse conjuntamente con los reaseguradores

7.5. El análisis de los contratos a garantizar

El que las decisiones de suscripción se tomen siempre de manera centralizada, a través de los Comités, podrían suponer teóricamente una ralentización en la toma de decisiones y en la comunicación de las mismas al cliente, con lo que se estaría poniendo en peligro el éxito final de la gestión comercial que, en este ramo, requiere gran rapidez en las respuestas al cliente pero, sin embargo, hemos de decir que los medios de comunicación disponibles hoy en día, garantizan la rapidez necesaria para que no haya, en la práctica, diferencia alguna entre la toma de decisión centralizada y la que se hace in situ.

Parecería imposible que con este sistema de suscripción y emisión centralizada, es decir realizada por relativamente un número reducido de personas, pueda haber compañías de seguros de Caución capaces de emitir 200, 500 o más garantías cada día. Aquí hemos topado con la primera y quizás más importante de las decisiones que tiene que tomar el asegurador de Caución: ¿debe éste analizar todas y cada una de las fianzas que le solicitan sus clientes que emita, es decir analizar y tomar 200, 500 o más decisiones

cada día, o por el contrario lo que debe analizar, es decir suscribir, no son las fianzas que sus clientes le piden, sino a sus propios clientes?

Si lo que queremos es una respuesta muy ortodoxa de lo que se debería hacer, tendríamos que decir que lo más técnico sería suscribir primero a los clientes de manera individualizada, para saber si tienen la capacidad técnica y económica para llevar a feliz término sus contratos, y luego todas y cada una de las fianzas que nos solicitan, es decir, analizar todos los contratos u obligaciones cuyo cumplimiento vamos a garantizar.

¿Es eso posible? La primera parte, analizar a los clientes, no sólo es posible sino que es inexcusable, sobre todo el análisis económico-financiero que es el que realmente está al alcance del asegurador; la segunda, el análisis individual de cada contrato/fianza es, si hablamos de compañías de seguro de caución medianas o grandes, prácticamente imposible.

Imposible por razones de tiempo (las fianzas hay que emitirlas en un plazo de horas desde que el cliente nos las solicita y no es posible tomar 200, 500 o más decisiones al día) y por razones de economía, ya que la compañía necesitaría tal número de suscriptores para analizar todos los contratos, que el costo haría ruinoso la actividad o encarecería la prima de tal manera que la compañía que lo hiciera quedaría fuera del mercado.

En estas circunstancias, ¿cómo debe suscribir los riesgos el asegurador de Caución de tamaño mediano o grande?

La respuesta es más sencilla de lo que pudiera creerse. La mayoría de las empresas que son clientes potenciales de un asegurador de caución, están especializadas en un mismo tipo de actividad; así los constructores de obra pública realizan contratos con la Administración para hacer carreteras, puentes, dragados..., los fabricantes de equipos médicos quirúrgicos, suministradores a los organismos públicos o privados de asistencia sanitaria, están especializados en la realización de dichos equipos. Las empresas de servicios, como por ejemplo los de limpieza o restauración, cuentan con el personal y la maquinaria especializada para llevar a cabo sus tareas...

Es decir, las empresas clientes del asegurador de Caución, hacen una y otra vez el mismo tipo de actividad, pero es que además, ¡lo hacen ante el mismo o parecido tipo de asegurado!: normalmente un organismo de la Administración pública o local y, para mayor abundamiento, el estudio del riesgo viene facilitado porque las normas de contratación tienen origen legal o reglamentario y son, por lo general, uniformes, con cláusulas preestablecidas y por todos conocidas.

Al hilo de lo que comentamos en el párrafo anterior, se deduce que es muy importante para el desarrollo del negocio de manera sana y equilibrada que los suscriptores y el personal técnico-administrativo encargado de recibir las peticiones de emisión de garantías, conozca perfectamente el marco legal en el

que se desarrolla la contratación pública de obras, suministros o servicios, y de igual manera, la legislación relativa a operaciones de importación y exportación que requieran la presentación de garantías, así como las decisiones judiciales que hacen necesario aportar las garantías. Igualmente es importante que personal conozca bien los modelos de contratos que habitualmente firma la Administración con las empresas con las que contrata, y especialmente las cláusulas relativas a las garantías y obligaciones que éstas amparan, las de penalización por retrasos en la finalización del contrato y las de prórroga del mismo. Más importante aún es el conocimiento de los diferentes textos y alcance de las garantías que se exigen legal o contractualmente y la jurisprudencia disponible sobre todos estos temas.

En las circunstancias mencionadas el asegurador puede obviar en la mayoría de los casos el análisis individualizado de todas las fianzas y contratos, y limitarse al análisis profundo del cliente.

Naturalmente esta afirmación no anula la conveniencia de que el asegurador analice de manera individualizada las fianzas que garanticen el cumplimiento de contratos de importes elevados, las de larga duración, las de los clientes con poca experiencia, o las de aquellos sometidos por cualquiera que sea la causa a un seguimiento especial... o todas aquellas que por una u otra circunstancia entienda el suscriptor que merece la pena un estudio y aprobación individualizada.

Además de las fianzas ante organismos de la Administración pública o local, a las que nos referíamos en los dos párrafos anteriores, hay otro tipo de fianzas que sí requieren generalmente de una suscripción individualizada. Nos estamos refiriendo a las fianzas a favor de beneficiarios privados, en las que habitualmente los contratos cuyo cumplimiento hay que garantizar, no son conocidos por el asegurador, por lo que este debería analizarlos para saber hasta dónde alcanza el compromiso de su cliente. En estos casos, también es conveniente el análisis y aprobación individualizado de los textos de las fianzas, ya que con frecuencia nos encontramos en el mundo de la contratación privada con fianzas incondicionales que incrementan las posibilidades de ejecución indebida, o con fianzas por montos mucho más elevados que los que habitualmente se requieren en el mercado, o que amparan obligaciones que normalmente no se cubren con la fianza...

Hay otro tipo de fianzas, por ejemplo, las de concesiones, las judiciales, las de los clubes de protección, las de afianzamiento de cantidades anticipadas para la compra de viviendas... que, bien por su duración, bien por su importe, bien por el riesgo superior que representan, también deben analizarse y aprobarse de manera individualizada.

¿Existen excepciones a la necesidad de análisis individualizado mencionado en los dos últimos párrafos?

Sí. Hay grandes empresas privadas que realizan sus contrataciones de obra, suministro o servicio con sistemas equiparables a los de la Administración pública (contratación mediante subasta o concurso, modelos de fianza conocidos, porcentaje de las fianzas iguales o semejantes a los de la contratación pública, normas de contratación conocidas y públicas...) y en las que, por ello, el asegurador puede aplicar los mismos criterios que para el caso de las fianzas ante beneficiarios públicos.

En otros casos, como por ejemplo cuando se trata de fianzas para grandes clientes de reconocida solvencia, el asegurador también puede obviar el análisis individualizado de todas las fianzas, sobre todo de las de importe reducido, ya que la confianza en la calidad técnica y en la solvencia financiera del cliente/tomador del seguro, hace que el análisis individualizado no sea un requisito imprescindible.

Sólo de esta manera una compañía de seguros de Caución puede emitir en 24 horas las 200, 500 o más fianzas al día que le son solicitadas, ya que es impensable que una compañía pudiera analizar todos y cada uno de los contratos que debe afianzar, así como revisar todos los textos de las garantías que va a emitir.

Necesitaría para ello, como ya hemos apuntado antes, un número de empleados, que además deberían ser cualificados como para al menos poder valorar jurídica y económicamente un contrato y el texto de la fianza, que haría desde un punto de vista estrictamente económico, no rentable el seguro de Caución y, de no tener ese importante número de empleados no podría dar el servicio que le permitiera competir en el mercado eficazmente.

Ni que decir tiene que si hablamos de compañías de seguros de Caución pequeñas, o de reciente constitución, los criterios y formas de actuación a la hora de la suscripción y emisión de las fianzas, serán muy diferentes a los expuestos anteriormente. En estos casos no existe problema, y por ello debe hacerse siempre, para analizar individualmente todos y cada uno de los contratos, además de, como es obvio, el análisis de la solvencia económica y técnica (en este caso hasta donde ello sea posible) del cliente, que habrá de ser previa a la emisión de la primera de las fianzas que nos haya de solicitar.

CAPÍTULO VIII ANÁLISIS DE BALANCE

8. ANÁLISIS DE BALANCE

Es verdad que, puesto que lo que normalmente se garantiza con la fianza es una obligación de hacer, podría pensarse que lo más lógico para una correcta suscripción del riesgo sería analizar, desde un punto de vista técnico, si nuestro cliente, o potencial cliente, reúne la capacidad técnica de llevar adelante el proyecto cuyo cumplimiento vamos a garantizar. Ocurre, sin embargo, que las empresas que necesitan fianzas pertenecen a sectores muy diversos. Así, tenemos empresas de construcción, ingeniería, promotoras, empresas electrónicas, de telefonía, de construcción naval o aeronáutica, del sector de armamento, químicas, manufactureras... y sería – es, de hecho – imposible poder encontrar suscriptores que sean expertos en todos estos sectores.

Por otra parte, un análisis de la capacitación técnica de una empresa para llevar adelante un proyecto, tomaría un tiempo excesivamente largo en un mundo, el de la fianza, en que se trabaja siempre sin margen de tiempo. Por otro lado el importe de las primas no cubriría los gastos que se generarían con este tipo de estudios y, por último, el resultado que obtuviéramos con ese análisis técnico no nos garantizaría que nuestro cliente va a cumplir con sus obligaciones contractuales, ya que aún estando técnicamente capacitado para realizar el contrato, puede tener problemas económicos que le impiden realizarlo.

Es verdad que el suscriptor cuenta con un dato muy significativo para poder analizar técnicamente a una empresa: su experiencia. Una empresa que lleva funcionando correctamente en el mercado 10, 20, 30 o más años, y que ha hecho obras o suministros en el pasado semejantes a los que hará en el futuro, podemos presumir que tiene la capacidad técnica para cumplir los compromisos que adquiere.

A sensu contrario, una empresa de reciente constitución no contará con esa experiencia y, por ello, el análisis técnico se hace más necesario. Aquí habría que conocer quiénes son los accionistas y los directivos para saber si ellos, aunque no la empresa que han creado o en la que trabajan, sí reúnen esa experiencia que nos permita conocer que nuestro cliente tiene la capacidad técnica necesaria. Si ese no fuera el caso, lo más recomendable es rehusar el riesgo salvo que la solvencia económica de la empresa sea incuestionable.

¿Qué puede o qué debe hacer el suscriptor de riesgos de una empresa de seguros de caución para tomar su decisión?

Hay estadísticas que demuestran que más del 70% de las suspensiones de pagos o quiebras de las empresas, se deben no a problemas de tipo técnico, sino a la incompetencia de sus dirigentes. Naturalmente que hay también otras razones de mucho peso, como la evolución general de la economía, la escasa demanda, la inflación... pero ninguna es tan importante como la mencionada anteriormente.

Cuando una empresa suspende pagos y, más aún si quiebra, la consecuencia que se deriva de ello es el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y a continuación, si el buen fin de esas obligaciones estaba garantizado, la incautación de las fianzas, es decir, el siniestro.

Lo que realmente está al alcance del suscriptor es analizar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, es decir, el análisis económico financiero de sus clientes, para poder conocer la situación en la que se encuentra la empresa, así como su posible evolución. En otras palabras para poder predecir si la continuidad económica de la empresa está o no garantizada.

El análisis económico financiero no es una ciencia exacta pero, hecho por profesionales y puesto en combinación con otros datos conocidos por el suscriptor (situación económica general, situación del sector empresarial al que pertenece nuestro cliente, datos de la propia empresa que se analiza, como: año de constitución, accionistas, informes comerciales...) permite la toma de decisiones basada en criterios objetivos. A este análisis económico financiero dedicamos las siguientes páginas, con la indicación de que trata simplemente de dar unas nociones básicas que el alumno interesado deberá ampliar acudiendo a la abundante bibliografía que existe sobre este tema.

8.1. Concepto y significado del Balance

El balance constituye uno de los elementos básicos dentro del marco de información de la empresa, y consiste en un conjunto de datos debidamente ordenados, representativos del valor que, en un momento dado, tienen los distintos componentes de la situación patrimonial de la empresa.

Al igual que lo haría cualquier persona, una empresa que quiera conocer cuál es su situación patrimonial en un determinado momento, tendrá que evaluar los distintos elementos que incluyen de una forma positiva o negativa en dicha situación.

Así, comenzará evaluando por un lado los bienes y derechos de los que es titular y, por otro, aquellos elementos que afectan en un sentido negativo a su riqueza, esto es, las deudas en que haya incurrido.

La diferencia existente entre el valor de estos dos grupos de elementos, bienes y derechos de que es titular por un lado, y deudas por otro, será la situación patrimonial neta de la empresa, esto es, *lo que la empresa vale*.

Pues bien, el balance no es más que un documento en el que aparece reflejado, por una parte, el valor de todos los bienes y derechos pertenecientes a la empresa, es decir, lo que la empresa “tiene”; por otra, el importe de todas las deudas de las que la empresa debe responder, es decir, lo que la empresa “debe” y, por último, la diferencia entre ambos valores que representa la situación patrimonial neta.

En la terminología contable, todos los elementos, es decir, bienes y derechos evaluables económicamente que influyen positivamente en la situación patrimonial de la empresa, se engloban en el balance bajo la denominación de ACTIVO. Los otros elementos que afectan en sentido negativo a la situación patrimonial, esto es, las deudas, aparecen agrupados bajo la denominación de PASIVO.

Puede parecer raro que el Capital y las Reservas aparezcan en el Pasivo, es decir, dentro de las deudas de la empresa, pero mirando el balance desde otro prisma podemos encontrar un sentido lógico a esta ubicación. Podríamos decir que en el Activo se encuentran todos aquellos bienes en los que la empresa ha invertido los fondos puestos a su disposición y que en el Pasivo aparecen todos aquellos conceptos representativos de los orígenes de donde han procedido dichos fondos. Pongamos un ejemplo sencillo, a través del siguiente Balance de situación.

BALANCE			
<u>Activo</u>		<u>Pasivo</u>	
Edificios	120	Capital	150
Maquinaria	100	Reservas	100
Existencias	180	Créditos bancarios	240
Clientes	250	Proveedores	220
Caja y Bancos	60		
	-----		-----
	710		710
	=====		=====

Esta empresa ha recibido de sus accionistas 150, ha generado reservas (beneficios no distribuidos) de 100, los bancos le han prestado 240 y sus proveedores le han entregado bienes a crédito por valor de 220.

¿Qué ha hecho la empresa con todo este dinero que se ha puesto a su disposición? Pues ha invertido 120 en Edificios, 100 en maquinaria, tiene 180

en existencias, sus clientes le deben 250 y en caja y bancos tiene 60. Analizado desde este punto de vista, ya no nos parecería raro que el Capital y las Reservas figuren en el pasivo al lado de las deudas.

Por otra parte, si consideramos a la empresa como una persona jurídica independiente de los accionistas, podríamos imaginar una situación en la que éstos, los accionistas, deciden disolver la entidad. En ese momento, y una vez pagados todos los acreedores, la sociedad “debería” a sus accionistas el saldo restante que, de no haber tenido pérdidas, sería al menos igual al Capital, y por eso mismo no es de extrañar que aparezca en el Pasivo.

8.2. Objetivos del Balance

Posiblemente el más importante de los objetivos del Balance es el de informar, por un lado a los propios accionistas, por otro a los posibles inversores, y también a los acreedores de la empresa (bancos, proveedores, obligacionistas...), sin olvidarnos de los que por una u otra razón pudieran estar interesados en el seguimiento de la empresa como, por ejemplo, los analistas financieros, los suscriptores de compañías de seguros de caución...

No es la información el único objetivo del balance, ya que el análisis del mismo permitirá a sus accionistas fijar sus metas y estrategias y tomar las decisiones que permitan el logro de las mismas o corregir las decisiones que se produzcan.

8.3. Estructura del Balance

Normalmente, el balance se presenta en dos columnas, derecha e izquierda. La de la izquierda representa el Activo y la de la derecha el Pasivo, aunque, en ocasiones, aparece una debajo de la otra, el Activo encima y el Pasivo debajo.

¿Cómo se ordenan las diferentes partidas del Activo y del Pasivo?

Como normal general en el Activo las partidas se ordenan de menor a mayor liquidez, es decir, según su dificultad/facilidad para convertirse en dinero. Así, la última de las partidas es la Caja, que es ya dinero, y la primera la de Edificios y Terrenos que, aunque pueden convertirse en dinero, lo normal es que tengan un carácter permanente.

Los principales grupos de partidas del Activo son:

1. **Activo No corriente (o fijo)**, también llamado Inmovilizado, en el que se recogen las siguientes partidas, que han de permanecer en la empresa más de 12 meses:

- 1.a. Inmovilizado Inmaterial: Patentes, Marcas...

- 1.b. Inmovilizado Material: Terrenos, Edificios...
 - 1.c. Inmovilizado Financiero: Inversiones de carácter permanente en otras empresas...
 - 1.d. Gastos amortizables: Gastos de construcción...
2. **Activo Corriente (o circulante)**, en el que se recogen las siguientes partidas, que han de permanecer en la empresa menos de 12 meses.
- 2.a. *Existencias*: son productos terminados, productos semiterminados, en proceso de fabricación, materias primas, material de consumo...
 - 2.b. *Realizable*: recogen los bienes o derechos en los que la empresa invierte fondos pero que no forman parte ni del *disponible* ni de las existencias. Entre ellas se encuentra la que quizás es la más importante de las partidas del balance, la de “clientes”, que refleja la parte de las ventas de la empresa a sus clientes cuyo cobro aún no se ha realizado. Esta partida de “clientes” es justamente la que justifica el seguro de Crédito, que cubre las pérdidas finales que el asegurado tenga como consecuencia de la insolvencia definitiva de sus “clientes”. Otras partidas del *realizable* serían: deudores, anticipos a proveedores...
 - 2.c. *Disponible: Caja y Bancos*. Las empresas necesitan disponer de dinero en efectivo para cumplir con sus compromisos de pago, y ese dinero se encuentra fundamentalmente en cuentas corrientes bancarias y, en menor medida, en la Caja de la compañía.

Hay otras divisiones posibles del Activo, por ejemplo la de Activo Funcional (bienes necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial) y Activo Extrafuncional o Social (no directamente necesarios para la actividad de la empresa como, por ejemplo, viviendas para los empleados) pero la más común es la que hemos desarrollado anteriormente.

¿Cómo se ordenan las partidas del Pasivo?

Normalmente de menor a mayor exigibilidad, aunque un país tan significativo como Estados Unidos utiliza exactamente el sistema contrario: de más exigible a menos exigible.

Siguiendo el criterio general, diremos que el “**Capital**” es el pasivo menos exigible; de hecho al Capital y a las Reservas se les considera “no exigibles”.

El Capital es la aportación que hacen los accionistas y su importe se divide en acciones, en un número que depende del valor “nominal” unitario de cada una de ellas. Cada una de las acciones representa una parte alícuota del capital. Las acciones pueden venderse, facilitando así las entradas y salidas de inversores. El mercado donde se venden o compran acciones es la Bolsa de

Valores, aunque pueden realizarse transacciones de acciones fuera de dicho mercado.

El Capital puede ampliarse con nuevas aportaciones, es decir, mediante la emisión de nuevos títulos o acciones y la entrada de dinero. En ocasiones, el Capital puede incrementarse sin que haya nuevas aportaciones, mediante el traspaso de parte de las “Reservas” (beneficio no distribuido) al Capital. Desde un punto de vista económico esta segunda operación se trata de un traspaso contable.

Se denomina **Capital Propio** a la suma del Capital más las Reservas. En ocasiones, se denomina este concepto como “fondos propios”, “no exigible”, “patrimonio neto...” y representa la diferencia entre el Activo (lo que la empresa tiene) y todas las deudas de la empresa (lo que la empresa debe).

Las **Reservas** son beneficios obtenidos por la empresa, no distribuidos a los accionistas, que así, prefieren guardarlo, “reservarlo” para un momento futuro. Las reservas son de diferente tipo y así encontramos:

- Reserva Legal
- Reserva Estatutaria
- Reserva Voluntaria

La **Reserva Legal** está representada por un porcentaje que marca la ley como de obligada dotación, cuando el beneficio de la empresa supere un determinado porcentaje (así, por ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas española establece en su Artículo 214 que la empresa deberá destinar el 10% de sus beneficios a reservas, hasta alcanzar el 20% del capital).

La **Reserva Estatutaria** es aquella que los propios accionistas acuerdan hacer en sus propios estatutos.

La **Reserva Voluntaria**, como su propio nombre indica, es aquella que voluntariamente hace la empresa, a través de su Junta de Accionistas.

Hay otras Reservas de entre las que destacaremos la *Reserva por prima de emisión de acciones*, que es aquella que se genera cuando en una ampliación de capital, es decir, en una nueva emisión de acciones, el suscriptor, comprador de las mismas debe abonar por cada nueva acción el valor nominal de ésta más un sobreprecio o prima que representa el “plus” del valor real de la acción, ya que el valor real de la empresa es superior al que indica su capital.

Exigible. Todas las empresas solicitan créditos, bien sea a las entidades financieras con las que trabajan, bien sea a sus proveedores. Mientras que, tal y como veíamos antes, el Capital y las Reservas representan los “fondos propios” que los accionistas han puesto en la empresa, y como tales forman lo que se denomina “no exigible”, el *exigible* representa las deudas que la empresa tiene.

Normalmente el criterio que se sigue para clasificar al *exigible* es el del plazo de exigibilidad, a largo plazo o a corto plazo, pero no es este el único criterio y así, por ejemplo, podemos clasificar al *exigible* por el origen de la deuda, en financiero (bancos, instituciones financieras...) y empresarial (acreedores, proveedores...). En este curso seguiremos el primero de los criterios, es decir, el plazo de exigibilidad.

Antiguamente no se ponían los autores de acuerdo en cuál es el plazo que determina que una deuda deba ser clasificada como de “corto plazo”, de “largo plazo” o, incluso, de “medio plazo”. Algunos pensaban que las de largo plazo era cualquier deuda de más de un año y otros, sin embargo, elevaban ese número a cinco años.

Hoy el criterio que se sigue prácticamente en todo el mundo es el de que las deudas a más de un año son “largo plazo” (no corriente) y el de las de menos de un año son “corto plazo” (corriente), aunque puede variar según el sector en el que trabaje la empresa. Así para una concesionaria, el corto plazo puede ir hasta los cinco años, y para una constructora a los dos años.

Normalmente la empresa solicita créditos a largo plazo para financiar su Activo Fijo. Teóricamente, podía incrementar su capital pero esto no es siempre posible y, a veces, ni siquiera aconsejable.

El *exigible a largo plazo* (pasivo no corriente) más habitual es el crédito bancario, pero no es el único ya que están también la emisión de bonos, las obligaciones, la deuda subordinada...en los que el acreedor es una persona física o jurídica que ha adquirido en el mercado financiero alguna de las “obligaciones” que la empresa ha puesto en circulación.

Mientras el accionista ve remunerado su capital con los dividendos que la empresa distribuye, el acreedor, bien sea de un crédito bancario o de una obligación, recibe un interés por el dinero que da a la empresa. Otra diferencia entre accionista y acreedor es que, en caso de pérdidas o de liquidación de la empresa, el accionista no puede exigir la devolución del dinero que en su día aportó (de ahí que se le llame “no exigible”), mientras que el acreedor tiene siempre derecho al reembolso de su crédito más los correspondientes intereses (aunque en una situación de insolvencia la empresa puede presentar concurso de acreedores y en ese caso es muy posible que no cobre la totalidad de su crédito).

Muchos de los créditos a largo plazo, sobre todo si son de larga duración (más de cinco años) que conceden las entidades financieras, suelen llevar como garantía una hipoteca, y por ello, a la hora del análisis financiero tiene la consideración de “capitales permanentes”.

El *exigible a corto plazo* (pasivo corriente o circulante), tal y como hemos dicho, estaría formado por todas aquellas deudas que tiene la empresa y cuya duración es inferior a un año. Al igual que en el caso del exigible a largo plazo,

podemos encontrar aquí deudas con entidades bancarias por créditos de tesorería, descubiertos en cuenta (es decir, saldos negativos en la cuenta corriente) y, muy especialmente, el “descuento comercial” (letras, pagarés...) operación financiera en la que la entidad de crédito asume el crédito antes del vencimiento del mismo, subrogándose en los derechos del acreedor y entregando a éste el importe de la deuda con un pequeño “descuento” (de ahí su nombre) que sería el precio de su servicio.

El acreedor consigue de esta manera disponer de su crédito antes del vencimiento, es decir, antes de que éste sea exigible a sus deudores. El riesgo del acreedor no desaparece por el descuento que realiza, ya que si el deudor no hiciera frente al pago, la entidad financiera se dirigirá contra el acreedor exigiéndole a éste el pago del crédito no pagado por el deudor.

Es importante señalar que las cantidades descontadas aparecen en el Activo, en la cuenta de Disponible, ya que el movimiento contable que se produce es una entrada en *caja o banco* y en el Pasivo como exigible a corto plazo bancario. La cuenta de Clientes permanece inalterada en las operaciones de descuento cuando éstas son “con recurso”, es decir, cuando el banco puede adeudar en la cuenta del cliente el importe de la cantidad descontada si el deudor del crédito no lo abona.

Otras operaciones financieras, como el Factoring, o el descuento “sin recurso”, permiten deducir de la partida de “Clientes” el importe factorizado o descontado, ya que se produce realmente un “traspaso” del riesgo del cliente a la empresa de Factoring o a su banco. En ocasiones, podemos ver en la información adicional que se recoge en las memorias, detalles sobre estos movimientos y otros como, por ejemplo, el importe de las fianzas constituidas que tiene la empresa en vigor...

Una partida muy importante del *exigible* es la de **Proveedores**, que refleja las deudas que la empresa tiene como consecuencia de no pagar al contado los bienes que adquiere. El tráfico mercantil moderno hace que las compras no se paguen al contado, sino en plazos de 30, 60, 90... días aunque en la práctica comercial, se ha producido un fenómeno de excesivo alargamiento de los plazos de pago, especialmente en algunos sectores - construcción, gran distribución,..., pero no sólo en ellos, llegándose a 150 días, 180 días e incluso plazos superiores a los 200 días. Esta situación plantea problemas a las pequeñas y medianas empresas por su menor capacidad de presión, por lo que, en el ámbito europeo, existe un esfuerzo legislativo para reducir los plazos de pago de modo considerable).

En caso de la adquisición de bienes de equipo que pasarán a integrarse en el Activo Fijo de la empresa, lo normal es que el plazo de pago al proveedor supere el año, y la deuda pasa a ser considerada como de “largo plazo”.

Acreedores. Esta partida refleja un concepto similar a la de proveedores que acabamos de ver, ya que representa las deudas de la empresa por los

servicios que solicita (por ejemplo, abogados externos, teléfono...) que se abonan normalmente a mes vencido.

Otras partidas que se engloban dentro del *Exigible* podrían ser las deudas con la seguridad social, los anticipos recibidos de clientes (es muy normal que la empresa que es, por ejemplo, fabricante de bienes de equipo de precio elevado, solicite a su cliente un pago anticipado a cuenta del precio final del bien).

Resultados. Cada año, la empresa cierra su ejercicio, contabiliza sus ingresos y sus gastos y arroja un resultado que puede ser una pérdida o un beneficio.

Los ingresos de la empresa pueden provenir de su actividad ordinaria o de otras actividades no financieras (por ejemplo, la venta de sus productos, la venta de un bien inmueble) o de actividades financieras (intereses de sus depósitos o la venta de unas acciones).

Los gastos también puede ser causados por las actividades ordinarias de la empresa u otras distintas de la actividad financiera (sueldos, compra de materias primas, alquileres, pérdida en la venta de un bien inmobiliario...) o causadas por las actividades financieras (intereses de la deuda, pérdida en la venta de un título mobiliario, pérdida en el valor de una cobertura mediante derivados,...)

La diferencia entre los ingresos y gastos del primer tipo de actividades es el llamado *resultado de explotación*. La diferencia entre los ingresos y gastos financieros es el llamado *resultado financiero*. Una vez deducidos los impuestos se obtendría el resultado final del ejercicio.

Es importante señalar que si el resultado es positivo, su importe debe figurar en el pasivo del balance, incrementando el valor neto del mismo. Por el contrario, si el resultado fuera de pérdida, la cifra puede aparecer o bien en el pasivo, con signo negativo o entre paréntesis, y su importe aminora los fondos propios de la entidad (esto es lo más habitual), o bien en el Activo disminuyendo su valor neto.

Las pérdidas permanecerán en el Balance, bajo la denominación de una cuenta: *pérdidas de ejercicios anteriores* hasta que se regularicen bien sea con reservas ya constituidas, bien con beneficios futuros.

Amortizaciones. Mención especial merecen las amortizaciones que, normalmente, se reflejan en el Inmovilizado. La amortización, como dicen José Antonio Fernández e Ignacio Navarro en su libro: *“Cómo interpretar un balance”*¹⁹.

¹⁹ J.A. Fernández I. Navarro. “Cómo interpretar un balance”. Ediciones Deusto, S.A. pág. 29, 30 y 31.

“constatación contable de la pérdida de valor de los elementos que se amortizan”. Sus fines son los siguientes:

- Reflejar contablemente la pérdida de valor de los bienes que se amortizan.
- Permitir en todo momento conocer el valor neto de dichos elementos.
- Repartir durante los años de vida útil de los elementos que se amortizan, el coste producido por la depreciación de los mismos.
- Permitir la imputación a los productos de dicho coste.
- Detraer de los beneficios, la parte correspondiente de amortización que, compensando la pérdida de valor del Inmovilizado, haga que el capital de la empresa, por lo que a esto respecta, permanezca constante (es decir, evitar la descapitalización).

La amortización debe ser considerada como un coste de producción al igual que lo es la nómina o cualquier otro gasto, ya que la pérdida de valor experimentada por los bienes del Inmovilizado se debe normalmente, en su mayor parte, a su uso en el proceso productivo.

Ahora bien, a diferencia de los otros gastos, es un coste que no origina desembolso en el momento de producirse, ya que éste tuvo lugar al realizar la inversión. En efecto, el pago que se hizo en el momento de la inversión se considera como coste, cuando ya no se puede contar en el Activo con el valor que originó dicho desembolso. Pongamos un ejemplo: Supongamos que se invierten 1.000 euros en una máquina que cada año pierde un 10% de su valor debido al desgaste producido por su funcionamiento. En cualquiera de los años de vida de la máquina se puede hacer la siguiente reflexión: un día la empresa convirtió 1.000 euros de caja en una máquina cuyo precio de compra fue de 1.000 euros y este año, debido al uso que se ha hecho de la misma, la empresa no puede contar en su Activo con un 10% del valor de dicha máquina, como contrapartida de un 10% de la salida total de caja que se produjo en su día. Por tanto, entre los costes que se han producido este año, se debe considerar esta pérdida de valor del 10%.

Si, como decimos, la amortización refleja la pérdida de valor del Inmovilizado, su contabilización, en principio, se haría cargando a los costes de producción y abonando a aquél el importe de la depreciación. Pero este método de amortización directa *contra la misma cuenta de Inmovilizado*, no suele ser frecuente.

Lo normal es que en el balance aparezcan separadamente, el llamado valor bruto del Inmovilizado y la amortización acumulada. De esta forma se consigue una mayor información en el balance, ya que permite en todo momento, la comparación del valor inicial de los bienes con la parte que se ha perdido de dicho valor, debido a su envejecimiento y, por diferencia, la obtención del valor neto de los mismos.

Desde el punto de vista de su presentación, en el balance se utilizan dos sistemas fundamentalmente.

El primero consiste en presentar en el Activo el valor inicial del Inmovilizado (Inmovilizado bruto) y en el Pasivo la amortización acumulada hasta la fecha del balance. El segundo, por el contrario, presenta la amortización en el Activo, como deducción del valor inicial de los bienes que se amortizan.

Cualquiera de los dos sistemas citados es válido y tiene idéntico significado. La ventaja del segundo radica en que, al estar deducida la amortización en el Activo, queda automáticamente reflejado el valor neto del Inmovilizado y (suponiendo que la valoración del resto de las partidas del balance sea correcta) se obtiene el valor real del Activo y Pasivo, en tanto que con el primer sistema ambos aparecerán sobrevalorados por el importe amortizado.

La amortización que aparece en el balance, suele referirse únicamente a aquellos elementos del Inmovilizado material susceptibles de ser amortizados.

Esto no quiere decir que no se amorticen ciertos elementos del Inmovilizado inmaterial, sino que habitualmente se emplea para ellos el sistema de amortización directa, abonando la depreciación a la propia cuenta de Inmovilizado. Se debe al menor interés existente respecto a la conservación del valor inicial, y lo ya amortizado de estos activos, ya que no se trata de bienes reales que formen parte del potencial productivo de la empresa, sino de meros conceptos representativos de desembolsos, que por no ser justo considerarlos como gasto de un solo ejercicio, se conservan inmovilizados para repartirlos entre varios de ellos.

Finalmente, aunque no vamos a tratar de los principios que deben presidir el régimen de amortizaciones ni del cálculo de su cuantía, sí queremos apuntar que debe ponerse especial cuidado en la determinación de los mismos, tratando siempre de basar su cálculo en los criterios objetivos que contemplen la distinta naturaleza de los bienes y su pérdida de valor por el uso, el transcurso del tiempo o la obsolescencia como consecuencia de los avances de la técnica, así como los preceptos que sobre este tema aparezcan en las leyes fiscales”.

8.4. Memoria y estados complementarios del Balance y Cuenta de Resultados

Estados complementarios

Además del Balance y la Cuenta de Resultados, existen dos estados complementarios que tiene interés para analizar la situación financiera y la solvencia de una empresa:

- *Estado de flujos de efectivo*: Informa sobre la utilización de los recursos de efectivo (y equivalentes), clasificando los movimientos por actividades e indicando la variación neta de su magnitud durante el ejercicio. Suelen distinguirse 3 tipos de actividades: explotación, inversión y financiación.

Es útil para complementar el análisis de la rentabilidad que resulta de la cuenta de resultados.

- *Estado de cambios en el patrimonio neto*: Informa de los cambios en la valoración de los Recursos propios o Patrimonio Neto. Es útil para analizar determinados cambios en la valoración de partidas de activo o pasivo, especialmente cuando proceden de operaciones que se han realizado directamente contra Patrimonio Neto, sin pasar por la cuenta de resultados (por ejemplo, diferencias de conversión por tipos de cambio, subvenciones,...)

Memoria

Como hemos indicado anteriormente, las empresas suelen recoger en sus memorias información adicional que resulta de gran interés para el analista, como normas de valoración, accionistas y empresas vinculadas, hechos posteriores al cierre, posibles contingencias (por ejemplo, una posible demanda cuyo importe no ha sido provisionado), ...

En el caso concreto del suscriptor de seguros de caución, es particularmente relevante la información que, cada vez con más frecuencia, aparece sobre las fianzas en vigor que tiene constituida la empresa, a veces con indicación también de quién es el garante.

ANÁLISIS ECONÓMICO-FINANCIERO DE UNA EMPRESA

El análisis económico-financiero de una empresa se realiza principalmente a través del análisis del Balance. Suelen distinguirse dos puntos de vista:

- Análisis estático: estudia la situación de la empresa en un momento determinado.
- Análisis dinámico: estudia la situación de la empresa en momentos diferentes, permitiendo ver como evoluciona ésta.

El *análisis financiero* permite conocer:

- *la solvencia de la empresa*, es decir, su capacidad de pago o liquidez.
- *la capitalización de la misma*.
- *el endeudamiento con bancos y acreedores*, y de ahí su independencia financiera.

Como es lógico, la empresa debe hacer frente a sus compromisos económicos, según éstos sean exigibles y, para ello, el Activo y el Pasivo deben estar equilibrados.

Antes de iniciar el análisis de una empresa, debemos tener la seguridad de que los datos que analizamos son fiables y, por ello, los balances deberían ser auditados, al menos los de cierre del ejercicio.

Los analistas que van a hacer la suscripción deben conocer perfectamente los diferentes sectores económicos ya que, por ejemplo, no es lo mismo analizar una empresa industrial que una empresa comercial, y tampoco una gran empresa que una pequeña empresa.

Lo normal para empezar el análisis es calcular los porcentajes que suponen cada uno de los grupos patrimoniales en los que hemos dividido el Activo y el Pasivo y, a partir de eso, presentar el balance de una manera gráfica, con un rectángulo dividido en dos partes:

ACTIVO	PASIVO

El equilibrio del Balance requiere que el Activo fijo sea financiado por el capital propio y por el exigible a largo plazo, ya que lo contrario significaría que una parte del Activo fijo se está financiando con exigible a corto plazo y esta situación llevaría a la empresa, para poder hacer frente a sus compromisos de pago, a liquidar parte de su Activo fijo o, en el peor de los casos, a suspender pagos.

Dicho esto, podría expresarse gráficamente un balance equilibrado de la forma siguiente:

ACTIVO		PASIVO	
Activo fijo	Activo fijo	Capitales propios	} Capitales Permanentes
	Activo corriente fijo	Exigible largo plazo	
Activo Corriente	Realizable + Disponible	Exigible Corto plazo	} Pasivo Corriente

Esta estructura financiera nos permite ver si un Balance está o no equilibrado, pero no responde a la pregunta de la relación que debe existir entre el Activo fijo y el Activo corriente (circulante). Esta pregunta no tiene una respuesta única, ya que dependerá de la ubicación de la empresa en un sector económico u otro.

A riesgo de ser simplista, podemos dividir a las empresas en industriales y en comerciales. En las primeras tiene mayor importancia el Activo fijo, y en las segundas el Activo corriente.

Teóricamente este podría ser un balance tipo de una Empresa Industrial:

Activo Corriente	Activo Fijo	No Exigible
	Existencias	Exigible a Largo Plazo
	Realizable	Exigible a Corto plazo Pasivo corriente
	Disponibile	

Si fuéramos a una Empresa Comercial veríamos que el Activo fijo es mucho menos importante, ya que, por lo general, no necesitan “producir” o “fabricar” y también por ello la mayoría de sus créditos son a corto plazo, ya que no tienen que financiar activos fijos.

El gráfico tipo de un balance una Empresa Comercial podría ser como este:

Activo Corriente	Activo fijo	No Exigible
	Existencias	Exigible a Largo Plazo
	Realizable	Exigible a Corto plazo
	Disponibile	

Los Ratios

Hasta ahora hemos analizado el balance desde el punto de vista de cifras absolutas, y ahora vamos a hacerlo por medio de ratios. Los ratios no pueden contemplarse de manera aislada, sino que hay que compararlos con los ratios de la misma empresa en años anteriores, para ver su evolución, y con los ratios sectoriales para poder apreciar si la empresa se comporta como la media de las empresas de su mismo sector.

Hay multitud de ratios y también de libros donde poder estudiarlos en profundidad. Nosotros vamos a analizar algunos de los principales ratios que debe manejar un suscriptor para hacer correctamente su labor profesional.

- *Ratio de Endeudamiento.* Indica la cantidad de deudas que tiene la empresa y, por lo tanto, su dependencia de los capitales ajenos. Se expresa de la siguiente manera:

$$\frac{\text{Deudas Totales}}{\text{Total Pasivo}}$$

No es fácil determinar cuál debe ser el coeficiente de este ratio, ya que dependerá del tipo de empresa, de su tamaño, su rentabilidad... pero podemos decir que para un buen número de tratadistas un ratio bueno, óptimo incluso nos atreveríamos a decir, sería que el ratio estuviera entre el 0,5 y el 0,6.

Por encima de estas cifras cabría pensar que la empresa está endeudada y, por lo tanto, con poca autonomía financiera.

Este ratio puede expresarse al revés, es decir

$$\frac{\text{Fondos Propios}}{\text{Total Pasivo}}$$

y se denomina *ratio de autonomía*. Es la otra cara de la misma moneda.

- *Ratio de Estabilidad.* Nos indica cómo se está financiando el Activo fijo y se expresa de la siguiente forma:

$$\frac{\text{Capitales Permanentes}}{\text{Activo Fijo}}$$

El ratio, según los tratadistas más convencionales, debería ser 1 ó superior a 1, ya que por debajo de esta cifra la empresa está financiando su Activo fijo con exigible a corto plazo, situación esta que como hemos indicado anteriormente puede, en algunos casos, llegar a ser muy peligrosa. Naturalmente este ratio puede verse desde el lado contrario, es decir, ¿cómo se está financiando el Activo corriente? Lo expresaríamos así:

$$\frac{\text{Exigible a corto plazo}}{\text{Activo Corriente}}$$

El resultado de este ratio debería ser, de nuevo según los tratadistas más convencionales, 1 o preferiblemente inferior a 1, ya que, de otra manera, la empresa estaría financiando el Activo corriente con capitales a largo plazo, por lo general más onerosos para la empresa.

- *Ratio de Liquidez.* Una de las cosas que más interesa al analista o suscriptor es poder saber si la empresa que analiza es capaz de hacer frente a sus compromisos a corto plazo ya que, de otra manera, su continuidad no estaría garantizada. El ratio se expresa así:

$$\frac{\text{Activo Corriente}}{\text{Exigible a corto plazo}} \\ (\text{Pasivo corriente})$$

Los autores más clásicos piensan que si la empresa no quiere tener problemas de liquidez, este ratio tendría que ser bastante superior a 1, ya que no debemos olvidar que una parte del Activo corriente no es realmente fácil de liquidar (lo llamábamos Activo corriente fijo) y, por ello, no siempre podremos contar con él para hacer frente a los compromisos de pago a su vencimiento. Este hecho nos lleva, a su vez, a otro ratio: el *ratio de tesorería*.

- *Ratio de Tesorería.* Este ratio, que algunos denominan de “*acidez*” es el que nos permite ver mejor la capacidad de pago que tiene la empresa, es decir, su solvencia, y se expresa así:

$$\frac{\text{Realizable + Disponible}}{\text{Exigible a corto}}$$

Su resultado debería ser, al menos desde un punto de vista ortodoxo, aproximadamente 1, ya que si es menor significaría que la empresa no cuenta con “liquidez” para hacer frente a sus obligaciones de pago a corto plazo.

Naturalmente los ratios no son una ciencia exacta y una empresa puede tener, en un momento determinado, una situación de iliquidez que puede solucionar fácilmente con una prórroga de sus proveedores habituales, o con un crédito de caja que le ayude a aliviar su situación.

Como conclusión podemos decir que uno de los objetivos del análisis de balance es predecir la capacidad de una empresa para cumplir sus obligaciones. El análisis tradicional se ha centrado en el concepto de Fondo de Maniobra y en diferentes ratios que relacionan el Activo Corriente (o partes del mismo, por ejemplo, restando las Existencias) con el Pasivo Corriente. El Fondo de Maniobra suele definirse como la diferencia entre el Activo Corriente y el Pasivo Corriente. Sobre los valores de estos ratios se llegaban a conclusiones sobre la mayor o menor probabilidad de la suspensión de pagos. Serían afirmaciones del tipo de que si la suma del realizable y el disponible no supera el pasivo corriente, la empresa podría encontrarse en suspensión de pagos:

Este enfoque se encuentra superado en la actualidad:

- a) En primer lugar, porque resulta demasiado simplista. Este tipo de análisis debe relacionarse con la operativa del circulante o ciclo normal de explotación de la empresa. De modo resumido, depende de 3 factores:
- El saldo de Existencias: que determina el período de existencias en almacén (en empresas distribuidoras) o el período de fabricación-manufacturación (en fabricantes). Debe ser financiado por la empresa.
 - El saldo de Clientes: que determina el plazo de cobro. También debe ser financiado, es decir, conceder un plazo de cobro más largo normalmente favorece un incremento de las ventas, pero provoca un incremento del saldo de clientes y exige una mayor financiación.
 - El saldo de Proveedores: que determina el plazo de pago. Esta partida juega a la inversa, proporcionando financiación a la empresa.

Si el plazo de pago supera a la suma del período de existencias y del plazo de cobro, la empresa no necesitaría disponer de un Fondo de Maniobra positivo (es decir, activo corriente inferior al pasivo corriente), sino que podría funcionar de modo muy estable con este “desequilibrio”. Esta circunstancia ocurre de modo generalizado en algunos sectores como, por ejemplo, en la distribución de alimentación.

- b) En segundo lugar, porque lo demuestran los modelos estadísticos multivariantes que se están generalizando para aprovechar las utilidades que proporcionan las tecnologías de la información. Estos modelos suelen otorgar un mayor poder predictivo a otro tipo de ratios, como los que ponen en relación los recursos generados (beneficios, EBITDA,...) con las obligaciones a corto plazo.

(EBITDA es la abreviatura inglesa de Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization, es decir, Resultado Antes de Intereses, Impuestos, Provisiones y Amortizaciones. Este resultado era conocido tradicionalmente en España como “Beneficio Bruto Operativo”, aunque últimamente se va imponiendo la denominación inglesa).

En todo caso, el análisis del circulante y del fondo de maniobra, complementado con la información del sector, sigue proporcionando conclusiones útiles sobre posibles problemas de liquidez, pero sin que sea posible determinar a priori cuáles deben ser los valores exigidos a determinados ratios.

Es recomendable que el análisis financiero sea realizado por profesionales y, en la medida en que esté justificado, especializados por sectores (distribución, construcción...) ya que de esta manera el analista sabrá distinguir claramente un balance de una promotora inmobiliaria del de una constructora, o el de una constructora que contabiliza por contrato cumplido y otro que lo hace por el método de porcentaje de realización...

Además, la especialización tiene dos ventajas:

- a) Analizar un número relevante de empresas de un sector permite obtener valoraciones mucho más sólidas sobre la posición relativa de cada una de ellas dentro del mismo.
- b) Analizar una misma empresa a lo largo de varios ejercicios permite obtener opinión más fundada sobre la evolución de la misma. Esto es especialmente importante, por ejemplo, en grupos complejos que se encuentran en una fase de fuerte crecimiento o en caso de reestructuración y en los que resulta difícil obtener conclusiones a partir del análisis de un solo ejercicio.

Por último diremos que no hay que olvidar que la duración de las fianzas es muchas veces de varios años, fácilmente cinco, y por ello el análisis del balance que el suscriptor debe realizar debe ser extraordinariamente profundo, ya que debe ser capaz de predecir la posible evolución de la empresa. Esta circunstancia no se da de la misma manera en el seguro de crédito, donde las obligaciones de pago que se garantizan no superan, por lo general, los 6 ó 9 meses.

CAPÍTULO IX LOS DOCUMENTOS DEL RAMO DE CAUCIÓN

9. LOS DOCUMENTOS DEL RAMO DE CAUCIÓN

En cualquier tipo de contrato es importante la documentación que lo acredita y la que da lugar a la formalización del mismo. Igual ocurre en los contratos de seguros y, muy especialmente, desde el punto de vista del asegurador, en el Seguro de Caucción, ya que no debemos olvidar que en éstos el asegurador tiene el derecho de repetición contra el tomador del seguro en el caso de que se produzca un siniestro, y ese derecho podría verse dificultado si los documentos en los que se ampara no estuviesen correctamente cumplimentado y en poder del asegurador.

Vamos a examinar en este capítulo los documentos imprescindibles en la relación tomador del seguro, asegurado y asegurador.

9.1. La solicitud de seguro

Ya hemos hablado de manera amplia de la solicitud de seguro en el capítulo 7.3. El dossier del cliente, por lo que ahora nos limitaremos a reproducir un ejemplar de una solicitud de seguros señalando que no es nada más que un ejemplo y que cada compañía deberá, según la costumbre del mercado, el tipo de operaciones cuyo cumplimiento va a afianzar, la legislación aplicable, etc., establecer sus propios modelos de solicitud.

Sólo nos falta añadir que, en algunos países, la solicitud forma parte de la póliza de seguros y, por ello, es muy importante la correcta cumplimentación de la misma y que venga firmada por persona con poder bastante para ello.

Señalar también como importante la última de las cláusulas que se recoge en la solicitud que se incluye a continuación a modo de ejemplo, y que dice:

El solicitante declara bajo su responsabilidad que los datos consignados en esta solicitud, así como los documentos aportados son verídicos y exactos y, en base a ellos, solicita una clasificación de euros.

El por qué de esta frase es que si el cliente no dijera la verdad o diera datos o documentos falsos en la solicitud con el propósito claro de engañar al asegurador, podría, en su caso, ser demandado en su día por delito de “falsedad en documento privado”. De ahí la importancia de que la solicitud vaya siempre firmada por el cliente y, naturalmente, por persona con poder suficiente hacerlo.

**SOLICITUD DE SEGURO DE CAUCION
PERSONA JURÍDICA**

DATOS DEL SOLICITANTE:

1. Nombre:
2. Dirección:
3. Teléfono: Fax: C.I.F.:
4. Página web:
5. Fecha constitución:
6. Nombre de la persona o personas para contactar en relación a esta solicitud:
7. Objeto social:
8. Consejo de Administración:
9. Accionistas principales y participación en el capital:
10. Empresas en las que participa:
11. Bancos y Entidades de Crédito con las que opera, indicando número de Agencias:
12. Banco en el que domiciliarán las facturas de..... (nombre del asegurador)
13. Importe de las garantías (avales bancarios o seguros de caución) propias o ajenas que tiene actualmente constituidas la empresa:

ASEGURADOR O BANCO

LIMITE DE RIESGO

.....
.....
.....

14. Tipo de garantías más frecuentes que nos solicitarán:

15. **SE ACOMPAÑA FOTOCOPIA DE LA AUDITORÍA COMPLETA ASÍ COMO DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS DE LOS TRES ÚLTIMOS EJERCICIOS O, EN SU DEFECTO, FOTOCOPIA DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES (TRES ÚLTIMOS EJERCICIOS).**

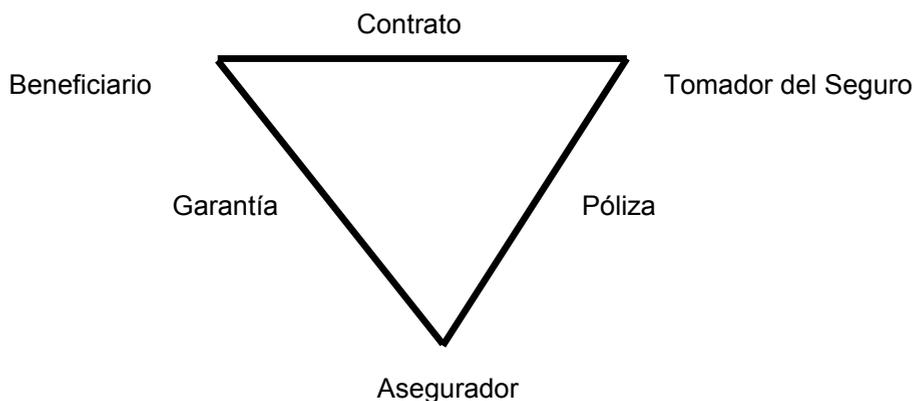
16. Se acompañará a esta solicitud fotocopia de la escritura de la última ampliación de capital realizada, si ésta no viniera recogida en el último balance entregado.

17. El Solicitante declara que los datos reflejados en esta Solicitud de Seguro son veraces, y en base a ellos SOLICITA UNA CLASIFICACIÓN DE:
..... EUROS.

En a de
EL SOLICITANTE

9.2. La póliza de seguros

La póliza (en otros países denominada contragarantía, contrato múltiple de fianza, propuesta, contrato de indemnización...) es el contrato que regula las relaciones entre el asegurador y el tomador del seguro, según veíamos en el capítulo III cuando representábamos las relaciones entre las partes de esta forma:



En algunos países la póliza se firma una única vez y a la misma se le incorporan las garantías que se emitirán a su amparo. Parece más operativo este sistema que el de formalizar una póliza por cada garantía que se emite.

El contenido de la póliza

La póliza regula muchos aspectos, como por ejemplo el pago de las primas, los riesgos excluidos, cuándo se entiende producido el siniestro, los tribunales y la jurisdicción competente para dilucidar controversias entre tomador del seguro y asegurador... y, fundamentalmente, el derecho de repetición que en el ramo de caución siempre tiene el asegurador contra el tomador del seguro una vez ocurrido el siniestro.

Ese derecho de repetición no hace sino recoger lo que muchos códigos civiles, que tienen su origen en el Código Civil de Napoleón, regulan cuando establecen con esta o parecida redacción que *“el que paga por el principal obligado tiene derecho a repetir contra éste”*.

Uno de los problemas más importantes con los que se enfrenta el asegurador es el rechazo del siniestro por parte del tomador del seguro. En no pocas ocasiones el tomador no reconoce el incumplimiento de su obligación contractual y, por tanto, considera no ajustada a derecho la incautación de la fianza y puede poner al asegurador en la difícil situación de tener que pagar al beneficiario en contra de la opinión de su cliente o rechazar la ejecución de la fianza y enfrentarse al beneficiario.

Esta situación es mucho más complicada cuando la fianza incautada es una fianza incondicional o una fianza de pago al primer requerimiento, en las que el asegurador se ha comprometido a pagar de manera cuasi automática, y su cliente, el tomador, le pide que no lo haga.

El problema ha quedado solucionado para muchas aseguradoras con la inclusión de un artículo en la póliza en el que el asegurador se arroga la decisión sobre si el siniestro debe o no ser aceptado. Aunque las redacciones no siempre serán coincidentes en la forma, el fondo es el mismo: evitar que el tomador pueda oponerse a que el asegurador sea el que tome la decisión de pagar o no un siniestro y que esa decisión no perjudique su derecho de repetición contra el tomador incluso cuando este no estuviera conforme con el pago del siniestro.

Esta es una de las redacciones más habituales de este artículo:

Pago de la indemnización

- 1. La Compañía queda autorizada para efectuar el pago de las cantidades que le sean requeridas hasta la suma asegurada en el plazo que fije el asegurado, sin necesidad de notificación previa al tomador del seguro ni de que éste muestre o no previamente su conformidad, y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado o procedente ni si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular, quedando asimismo exenta de la obligación de tener que impugnar u oponerse a la ejecución de las garantías.*
- 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 anterior, la Compañía se reserva los derechos a plantear las reservas y objeciones que el tomador del seguro le comunique y traslade por escrito junto con la documentación en que el tomador fundamente su oposición al pago y a impugnar, en su caso, la ejecución de las garantías.*

El asegurador no solo debe poder garantizar su derecho de aceptar o no el siniestro, sino que también debería poder reclamar al tomador del seguro que le anticipe las cantidades para hacer frente al pago del siniestro. A estos efectos, el derecho al reembolso o al anticipo de las cantidades que le hayan sido reclamadas al tomador se regula con cláusulas del tenor siguiente:

Derechos de anticipo y de reembolso. Reclamación judicial

- 1. El tomador del seguro se obliga a anticipar o a poner inmediatamente a disposición de la Compañía las cantidades que le sean requeridas a esta última por lo asegurados o, en su caso, a resarcir o reembolsar de inmediato a la Compañía de todo pago o desembolso que ésta efectúe a los asegurados como consecuencia de las garantías prestadas, en el plazo máximo de diez días naturales, bastando para ello el simple requerimiento de la Compañía.*

2. *Transcurridos diez días naturales desde que la Compañía requiera el pago al tomador del seguro sin que el anticipo o el reembolso fuera realizado, la Compañía podrá exigirlo judicialmente por cualquier procedimiento pertinente, y especialmente por vía ejecutiva, a cuyo efecto se considerará título ejecutivo la presente Póliza, pudiendo justificarse el saldo líquido debido por el tomador del seguro con los documentos acreditativos del requerimiento de pago efectuado por el asegurado a la Compañía o del pago o pagos efectuados por la Compañía al asegurado, o con certificación expedida por la Compañía e intervenida por Fedatario Público, con referencia a sus libros mercantiles.*
3. *Las cantidades que el tomador del seguro adeude por razón de lo establecido en este artículo devengarán a favor de la Compañía, desde que fueren debidas, el interés legal del dinero más dos puntos porcentuales, que igualmente podrá ser exigible en vía ejecutiva.*
4. *El tomador del seguro o su causahabiente no podrá oponer a la Compañía, para no proceder al anticipo o al reembolso a que se refiere este artículo, las objeciones por él alegadas o que pudiere formular frente al asegurado”.*

Una vez pagado el siniestro, la compañía podrá subrogarse en los derechos y acciones que contra el tomador del seguro tuviese el asegurado por razón del siniestro. Dicha subrogación se recoge en cláusulas como esta:

Subrogación

La Compañía, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, a cuyo efecto tanto el tomador del seguro como el asegurado deben facilitarle dicha subrogación”.

Es posible que el asegurador pudiera encontrarse en una situación en la que, sin haberse producido ningún siniestro con un tomador concreto, supiese, por ser notorio, que su situación económica está muy deteriorada y que los siniestros llegarán tarde o temprano. En estas circunstancias, antes de que se haya producido el siniestro, el asegurador no tendría derecho alguno contra el tomador puesto que nada le ha sido reclamado por cuenta de este y bien pudiera ser que otros acreedores ya estuviesen actuando contra el patrimonio del tomador por otras deudas que ya pudieran estar impagadas, circunstancia ésta que luego hará sumamente difícil la recuperación con cargo al patrimonio del tomador del seguro, de lo pagado por el asegurador.

Para facilitar la acción contra el tomador, incluso cuando aún no se ha producido siniestro alguno, no es infrecuente ver en las pólizas cláusulas como la que se refleja a continuación:

Liberación de garantías. Promesa de prenda

1. *El tomador del seguro y sus causahabientes se obligan formalmente a liberar o relevar a la Compañía de las garantías prestadas por orden y cuenta de aquél, al amparo de esta Póliza, en los siguientes casos:*
 - a) *Concurrencia de justa causa, legal o contractual, para la resolución del contrato de seguro.*
 - b) *Incumplimiento por el tomador del seguro de cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Póliza y, en especial, de las obligaciones relativas al pago de la prima – sea única, primera o siguientes –.*
 - c) *Requerimiento del asegurado a la Compañía para el pago de la totalidad o parte de la suma asegurada.*
 - d) *Notoria incapacidad técnica o económica del tomador del seguro para el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales aseguradas.*
 - e) *Instancia de declaración de quita y espera, concurso de acreedores, o quiebra, por o contra el tomador del seguro o su/s Fiador/es solidario/s, o si por uno u otro/s se solicitase expediente de suspensión de pagos, o si aquél o éstos cesaren en las actividades propias de su negocio o industria.*
 - f) *Mandamiento de ejecución o decreto de embargo sobre bienes del tomador del seguro o de cualquiera de su/s Fiador/es que representen, al menos, el 25 por 100 de la cuantía de sus patrimonios netos respectivos, individualmente considerados.*
 - g) *Negativa del tomador del seguro o de su/s Fiador/es a aportar a la Compañía sus estados financieros y la información precisa para examinar la evolución de su situación financiera y patrimonial.*
 - h) *Disminución de la cifra de recursos propios del tomador del seguro o de su/s Fiador/es en, al menos, el 25 por 100 de su cuantía.*
 - i) *Fallecimiento del tomador del seguro o de su/s Fiador/es.*

Si cualquiera de las circunstancias expuestas concurre en alguno de los Fiadores, el tomador del seguro podrá evitar la relevación obligatoria de las garantías prestadas al amparo de esta Póliza ofreciendo un nuevo Fiador de solvencia demostrable que, a satisfacción plena de la Compañía,

2. *Si se produjera cualquiera de los supuestos previstos en el apartado 1 precedente, el tomador del seguro o quien le suceda por cualquier título deberá acreditar fehacientemente a la Compañía la cancelación de las garantías prestadas en el plazo máximo de diez días naturales a contar desde la fecha de recepción del requerimiento de relevación que la Compañía le remita por carta certificada con acuse de recibo o por cualquier otro medio de notificación hábil en Derecho. En defecto de la obligación anterior, el tomador del seguro vendrá obligado en dicho plazo a constituir a favor de la Compañía garantía prendaria sobre efectivo o valores admitidos a negociación en mercados organizados reconocidos oficialmente y/o, en su defecto, otra garantía real, a satisfacción expresa de la Compañía, por un importe igual al de las sumas aseguradas por la Póliza hasta la cancelación plena de las garantías prestadas, momento en el que la Compañía procederá a su vez a la liberación de las contragarantías que se hubieran constituido al amparo de este artículo. A estos efectos, si tal prenda se constituyese sobre valores cotizados en Bolsa, éstos se valorarán por el 80 por 100 del precio medio de su cotización durante el trimestre precedente; y si se constituyese sobre títulos de Renta Fija, éstos se computarán por el 90 por 100 de su valor nominal.*
3. *Si el tomador del seguro o su causahabiente no procediera dentro del plazo expresado a la relevación de las garantías o no constituyese la prenda y/o contragarantías reales suficientes a juicio de la Compañía hasta cubrir las sumas aseguradas, quedarán expeditas para la Compañía cuantas acciones legales le asistan para proceder contra el tomador o quien le suceda por cualquier título y exigirle por vía judicial el cumplimiento efectivo de dicha obligación.*

Este artículo, en resumen, obliga al tomador a liberar al asegurador de todas las garantías prestadas cuando sea notoria su incapacidad técnica o económica; o cuando haya reducido sus fondos propios en más de un 25%. De no producirse la liberalización, la compañía, a tenor del artículo transcrito, puede iniciar con carácter inmediato acciones legales, incluida la vía judicial, para exigir el cumplimiento de dicha liberalización.

No es inhabitual que las compañías de seguros de caución lo sean a su vez de otros ramos, como por ejemplo el de seguro de crédito, algo muy común en Europa, o de otros seguros de daños como ocurre frecuentemente en Latinoamérica, y pudiera ocurrir que el asegurador tuviera derecho a ser reembolsado por el tomador en el seguro de caución y, al mismo tiempo, ser deudor del mismo tomador por otros seguros o conceptos. Para evitar pagar al tomador y no recuperar del mismo lo que por otra parte debe al asegurador, es prudente establecer en la póliza un artículo del tenor literal siguiente:

Compensación

Si como consecuencia de la garantía prestada, la Compañía tuviera que pagar al asegurado todo o parte de la suma asegurada, el tomador del seguro,

autoriza irrevocablemente a la Compañía para cobrar la cantidad satisfecha al asegurado en concepto de indemnización con cargo a las sumas de dinero que la Compañía pudiera deber al tomador del seguro por cualquier concepto, concediéndole éste a aquélla cuantas facultades sean precisas a los solos efectos de su compensación.

Es muy frecuente que entre las funciones de los agentes o corredores esté el cobro de los recibos de prima, aunque la prudencia aconseja que no se haga así. Para evitar posibles desviaciones o fraudes por este concepto sería conveniente contar en la póliza con un artículo como este:

- 1. La Compañía sólo queda obligada por los recibos librados por sus representantes autorizados legalmente.*
- 2. Cualquier pago de prima efectuado a un mediador de seguros no surtirá efecto frente a la Compañía y no se entenderá realizado a ésta salvo que, a cambio, dicho mediador entregue al tomador del seguro el recibo de prima correspondiente emitido por la Compañía.*

El hecho de que la compañía conceda líneas de clasificación o límites de riesgos para fianzas, nunca debe suponer la obligación de emitir todas y cada una de las garantías que le pide el tomador, ya que debe reservarse el derecho, una vez analizado el riesgo o cualquier otra circunstancia, de poder rechazar su emisión. Para ello, es muy recomendable que se incluya en la póliza un artículo como el que sigue:

Formalización de garantías

- 1. El tomador del seguro deberá solicitar por escrito a la Compañía cada garantía a formalizar y concretar en la solicitud las obligaciones legales y/o contractuales que pretenda sean objeto de cobertura por el seguro, con antelación suficiente a su toma de efecto. Si el texto de la garantía viniera impuesto por el posible asegurado, el tomador del seguro vendrá obligado a adjuntar su contenido íntegro con la solicitud.*
- 2. La Compañía no se encuentra obligada a prestar las garantías que el tomador del seguro le proponga, por lo que le asiste y se reserva el derecho de estudiar separadamente cada operación y, una vez calificada, admitirla o rechazarla.*
- 3. Si la Compañía acepta la operación propuesta, pactará y concretará con el tomador del seguro las condiciones aplicables a la garantía relativas a su texto o contenido, a la prima y demás conceptos de aplicación, vigentes en cada momento. Las condiciones pactadas quedarán fijadas en la garantía, por un lado, y en la aplicación correspondiente, que formarán parte integrante de la Póliza y se entregarán simultáneamente por la Compañía al tomador del seguro.*

4. *El tomador del seguro deberá constatar en el momento de la recepción de la garantía que las condiciones en que se emite la misma, y en especial su texto o contenido, coinciden con las pactadas, y podrá solicitar a la Compañía la subsanación de las posibles divergencias existentes con anticipación suficiente al vencimiento del plazo de su presentación ante el asegurado para que, si procediera, la Compañía pueda subsanarlas.*

La simple presentación o entrega por el tomador del seguro de la garantía prestada por la Compañía ante el asegurado conllevará la conformidad de aquél respecto de las condiciones establecidas en el certificado individual de seguro y en la aplicación correspondiente.

5. *El tomador del seguro está obligado a remitir a la Compañía copia del contrato regulador de la obligación u obligaciones garantizadas inmediatamente después de la formalización del contrato y, en todo caso, cuando le sea requerida expresamente por la Compañía.*

En estos apartados la compañía exige, primero que el cliente le solicite por escrito todas y cada una de las garantías que quiere que le emita el reasegurador, adjuntándole además el texto de la garantía. En la práctica la compañía de seguros, cuando las fianzas son ante la Administración Pública, y el texto es conocido, exime a su cliente de esta obligación de aportar el texto de las garantías.

En el apartado 2, la compañía se reserva el derecho de emitir o no la garantía independientemente de que el cliente tenga su clasificación en vigor. Este apartado permite a la compañía evitar posibles controversias, incluso juicios con su cliente, si se niega por cualquier razón a emitir la garantía solicitada.

Es de especial relevancia lo mencionado en el apartado 4 de este artículo, ya que en alguna ocasión el cliente pudiera reclamar a la compañía daños y perjuicios si el texto de la garantía prestada fuera rechazado por el beneficiario y este rechazo produjera, por ejemplo, la cancelación de la oferta presentada o un retraso notable del pago de un anticipo. Con este apartado 4, el riesgo antes mencionado queda eliminado.

En ocasiones, el tomador quiere que el asegurador de por cancelada la garantía sin la devolución física de la misma, pero es una práctica peligrosa, a menos que la garantía lleve fecha de caducidad, a partir de la cual quedaría automáticamente cancelada. Si así no fuera sería conveniente establecer cuándo se entiende cancelada la garantía, con un artículo de la póliza como este:

Cancelación de garantías

A todos los efectos previstos en la presente Póliza, incluso los del pago, para la cancelación de cada garantía será necesaria la devolución a la Compañía del documento original en que se formalizó o, en su defecto, la entrega de un

documento firmado por el asegurado que acredite en forma fehaciente y a entera satisfacción de la Compañía su cancelación efectiva.

El seguro de caución dentro de la Unión Europea se enmarca dentro de lo que en la legislación europea se denomina “grandes riesgos”. Las consecuencias de la calificación del seguro de caución como “gran riesgo” reviste una importancia especial en la práctica pues implica que la relación contractual entre el tomador y el asegurador debe regirse, en cuanto a la determinación de sus derechos y obligaciones, por la Póliza de seguro, sin que la misma deba sujetarse con carácter imperativo al contenido de las disposiciones o preceptos de la legislación sobre los contratos de seguros.

El legislador de la Unión Europea interpreta de esta forma que el tomador del seguro, que reúne la condición de empresario, cuenta con la posibilidad de un asesoramiento jurídico-financiero suficiente para valorar e incluso negociar las condiciones contractuales ofrecidas por el asegurador y el contenido de la Póliza de seguro. O, dicho de otro modo, que frente a los contratos de seguro que tienen por objeto la cobertura de riesgos denominados “de masa” (automóviles, hogar...) – en los que el tomador merece especial protección por encontrarse ante contratos de simple adhesión –, la intervención de las autoridades administrativas de control sobre el contenido de las condiciones contractuales del seguro de caución debe ser mínima.

La interpretación se ajusta a la realidad si se considera que el grueso de los capitales asegurados o los grandes cúmulos de riesgo cubiertos por todas las compañías aseguradoras especializadas en el ramo de caución corresponden a garantías emitidas por orden de “grandes empresas”.

Es importante subrayar que el legislador no considera la concurrencia o no de la condición de empresario o profesional en el asegurado o beneficiario de las garantías emitidas al amparo de una Póliza de seguro de caución para calificar ésta, la Póliza, como “gran riesgo”, o en orden a la defensa de sus derechos mediante la aplicación imperativa o no de la legislación relativa a los diferentes contratos de seguro.

La Ley viene a reconocer que la protección de derechos debe brindarse, en caso necesario, al tomador, pues en el seguro de caución, dice Javier Bergamín²⁰, Director de la Asesoría Jurídica de MAPFRE CAUCIÓN Y CRÉDITO (España), coexisten diversas realidades específicas del ramo que es preciso subrayar:

El tomador es el cliente del asegurador y persona distinta del asegurado o beneficiario de la garantía que se emite al amparo de la Póliza de seguro.

²⁰ Vide. Javier Bergamín. *Op. Cit.*

- Sólo existe un tomador en cada Póliza de seguro, mientras que pueden aparecer muchos o tantos asegurados como fianzas o garantías se emitan como consecuencia de la suscripción de una misma Póliza.
- Los asegurados no intervienen en la negociación de la Póliza de seguro, no la suscriben o consienten, por lo que no asumen en virtud de la misma obligación alguna con el asegurador, ni siquiera tienen por qué conocer o invocar su contenido para ejecutar las garantías prestadas a su favor en virtud de la Póliza.
- La relación contractual que vincula al asegurador con el asegurado se sustenta o viene determinada por el documento de garantía que obra en su poder, título único o suficiente para proceder a su ejecución o exigir el pago de la indemnización en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.
- El asegurado, además de no soportar directamente un coste económico por la emisión a su favor de la garantía, es quien impone o exige en la práctica al tomador del seguro, y en consecuencia al asegurador, el modelo o las condiciones en que debe emitirse la caución o garantía individual.

Las realidades expuestas, fácilmente constatables en el tráfico mercantil y también en el ámbito de la contratación administrativa, permiten sostener con carácter general que el asegurador no tiene capacidad en la práctica para imponer al asegurado el alcance o los efectos de la garantía. Por el contrario, es el asegurado quien suele determinar las condiciones o el texto de la caución – incluso por mandato administrativo –, pues le asiste siempre el derecho a no aceptarla o a no suscribir el contrato con el tomador si considera que la garantía ofrecida no satisface sus expectativas legítimas o que no protege suficientemente sus intereses en caso de incumplimiento de las obligaciones que se pretenden garantizar.

Parece evidente que el alcance de la garantía, o los derechos del asegurado o beneficiario en caso de siniestro o incumplimiento de la obligación asegurada, no puede hacerse depender de las condiciones establecidas en la Póliza de seguro o pactadas exclusivamente entre el tomador y el asegurador, por la sencilla razón de que el asegurado no es parte en la Póliza: No la suscribe o consiente, ni tiene por qué conocer su contenido (de ahí que en muchos de los textos de algunas garantías en España, véase a modo de ejemplo el anexo nº 3, se diga textualmente que "el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que pudieran corresponderle contra el tomador del seguro").

Condiciones Generales

I. PRELIMINAR

El presente contrato de seguro se rige, en primer término, por lo convenio en las Condiciones Generales, Particulares en su caso Especiales de esta póliza y, subsidiariamente, por lo dispuesto en la Ley 50/1985, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro ("B.O.E." de 17 de octubre de 1980) y demás legislación que resulte de aplicación.

II. DEFINICIONES

ARTICULO 1

A los efectos de esta Póliza se entenderá por:

- *Asegurador:* Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A. (en delante denominada "la Compañía", entidad emisora de esta póliza que, mediante el cobro de una prima, asume la cobertura de los riesgos objeto del contrato de seguro con arreglo a las condiciones establecidas en el mismo. La entidad se halla sometida en su actividad aseguradora a la supervisión del Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Seguros.
- *Tomador del seguro:* Persona que suscribe este contrato con la Compañía y a quien corresponden los derechos y el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales que derivan del mismo.
- *Asegurado:* Persona titular del interés expuesto al riesgo a quien corresponde el derecho a percibir la indemnización derivada del contrato de seguro en caso de siniestro.
- *Póliza:* Documento en que se formaliza el contrato de seguro de caución, que está integrado por estas Condiciones Generales, por las Condiciones Particulares y en su caso Especiales, por las modificaciones y adiciones suscrita por las partes durante la vigencia del contrato así como por los certificados individuales y demás documentos complementarios que se emitan al amparo del seguro.
- *Prima:* Precio del seguro, en cuyo recibo se incluirán, además, los recargos e impuestos repercutibles legalmente en el tomador del seguro.

- *Certificado individual de Seguros*: Documento complementario de la Póliza que constituye el título en que la Compañía formaliza la garantía a favor del tomador del seguro ante el asegurado.
- *Aplicación*: Documento complementario de la Póliza en el que se establecen las condiciones pactadas por las partes que resultan aplicables a cada garantía, entre otras la tasa de prima, y que se emite y entrega al tomador del seguro simultáneamente con cada certificado individual de seguro.
- *Suma asegurada*: Cantidad establecida en las Condiciones Particulares de la póliza, o en el certificado individual de seguro que representa el límite máximo de la indemnización a satisfacer por la Compañía al asegurado en caso de siniestro.
- *Siniestro*: Incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o/y contractuales, cuyas consecuencias económicas dañosas, para el asegurado, sean objeto de cobertura por la Póliza.
- *Ley*: Ley 50/1985, de 8 de octubre ("B.O.E." de 17 de octubre de 1980) en materia de Contrato de seguro)

III. OBJETO Y EXTENSIÓN DEL SEGURO

ARTICULO 2: RIESGOS CUBIERTOS

Por la presente póliza, la Compañía se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso y como consecuencia de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales y/o contractuales aseguradas, en los términos y dentro de los límites establecidos en el certificado individual de seguro, en la póliza y en la legislación y/o en el contrato regulador de dichas obligaciones.

ARTÍCULO 3: RIESGOS EXCLUIDOS

La compañía no cubre los riesgos siguientes:

- Mala fe del asegurado.
- Casos de fuerza mayor reconocidos en la legislación vigente.

IV. BASES DEL SEGURO

ARTÍCULO 4

El tomador del seguro podrá reclamar a la Compañía por carta certificada con acuse de recibo, en la plazo de un mes a contar desde la entrega de la Póliza, la subsanación de las divergencias existentes entre su contenido y la

proposición del seguro o las cláusulas acordadas, Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la Póliza

ARTÍCULO 5

1. La Póliza y los certificados individuales de seguro se conciertan con base en las declaraciones formuladas previamente por el tomador en la solicitud del seguro y en las peticiones de emisión de dichos certificados, declaraciones que son determinantes para la aceptación del riesgo y para el cálculo de la prima correspondiente por la Compañía.
2. El tomador del seguro tiene el deber de declarar en la solicitud y en las peticiones señaladas en el apartado anterior todas las circunstancias por él conocidas que pueda influir en la valoración del riesgo.
3. La Compañía podrá exigir al tomador del seguro la liberación o relevación de las garantías constituidas ante los asegurados al amparo de esta Póliza cuando, al formular las declaraciones en la solicitud del seguro o en las peticiones de emisión de los certificados individuales de seguro, el tomador incurriera en reserva o inexactitud sobre las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 de esta póliza y, cuando proceda, el contenido del artículo 10 de esta ley.

V. COMIENZO Y DURACION DEL SEGURO

ARTÍCULO 6

1. La Póliza entrará en vigor el día indicado en las Condiciones Particulares, una vez firmada y siempre que, salvo disposición legal o pacto expreso en contrario, la Compañía haya cobrado el primer recibo de prima.
2. La duración de la Póliza se estipula por un año, y a su vencimiento se prorrogará tácitamente por periodos iguales. No obstante, cualquiera de las partes podrá oponerse a su prórroga mediante notificación escrita a la otra efectuada con un plazo de antelación no inferior a dos meses a la conclusión del periodo de seguro en curso.
3. Sin perjuicio del vencimiento o de la posible resolución o extinción del contrato, todas las acciones y los derechos establecidos a favor de la Compañía en esta Póliza permanecerán en vigor, sin limitación de tiempo, mientras que el tomador del seguro no proceda a la cancelación plena de todas y cada una de las garantías prestadas por la Compañía. En consecuencia, todas las obligaciones que el tomador del seguro contraiga con la Compañía en virtud de esta Póliza resultarán exigibles hasta que aquél no acredite fehacientemente a ésta la cancelación efectiva de todas las garantías constituidas mediante la devolución de los documentos

originales en que se formalizaron o, en su defecto, mediante la entrega de cualquier otro documento firmado por el asegurado que acredite en forma fehaciente y a entera satisfacción de la Compañía la anulación de las mismas.

ARTÍCULO 7

1. Las garantías emitidas por la Compañía mediante certificado individual de seguro serán nulas si en el momento de su formalización o perfección no existiera el riesgo o se hubiera producido el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o/y contractuales aseguradas
2. El plazo de duración de las garantías prestadas por la compañía al amparo de esta Póliza será el que resulte de lo establecido en el certificado individual de seguro correspondiente y, en su defecto, el mismo de la obligación principal asegurada de acuerdo con su regulación legal y/o contractual

VI. PAGO DE PRIMAS

ARTÍCULO 8

1. El tomador de seguro está obligado al pago de la prima en los términos estipulados en las Condiciones Generales y Particulares de la Póliza y en la aplicación que se emite si simultáneamente con cada certificado individual de seguro.
2. Las garantías prestadas al amparo de esta Póliza devengarán a favor de la Compañía, a partir de la fecha de su emisión y hasta su cancelación efectiva, las primas que se hubieran pactado en cada caso, que se calcularan aplicando sobre la suma asegurada establecida en las Condiciones particulares o en el certificado individual de seguro sobre la cuantía de la obligación principal más las de las obligaciones complementarias o subsidiarias que pueden derivarse del incumplimiento de la obligación principal el porcentaje fijado en concepto de tasa de prima en la aplicación correspondiente a cada garantía.
3. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo, el impago de la prima -sea única, primera o siguientes facultará a la Compañía para exigir al tomador del seguro la liberación o relevación de las garantías constituidas en los términos establecidos en el artículo 16 de las Condiciones generales.

ARTÍCULO 9

1. El pago de la prima única, o el de la primera prima si se hubiera pactado su periodificación, será exigible una vez firmado el certificado individual de seguro o desde la fecha de su emisión, y el de las primas periódicas

sucesivas o siguientes, en su caso, el día estipulado como fecha de su vencimiento en la aplicación correspondientes a cada certificado individual de seguro.

2. En caso de falta de pago de la prima será de aplicación lo dispuesto en el artículo 15 de la ley, salvo disposición legal o pacto expreso en contrario

En todos los supuestos en que las garantías sean prestadas por la Compañía a favor de las Administraciones Públicas y en aquellos otros casos en que la condición de asegurado no recaiga en una Administración Pública pero así se pacte y se haga constar expresamente en el certificado individual de seguro, la falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho a la Compañía a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación caso de que se produzca el siniestro consistente en el concurso de las circunstancias en virtud de las cuales deba hacer efectiva la garantía.

3. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo, el impago de la prima -sea única, primera o siguientes- facultará a la Compañía para exigir al tomado del seguro la liberación o relevación de las garantías constituidas en los términos establecidos en el artículo 16 de estas Condiciones Generales.

ARTÍCULO 10

- a) Si se pacta la domiciliación bancaria de los recibos de prima, se aplicarán las normas siguientes:
- b) El tomador del seguro entregará a la Compañía carta dirigida al establecimiento bancario, Caja de Ahorros o Entidad de financiación, dando la orden oportuna al efecto.
- c) La prima se entenderá satisfecha a su vencimiento, salvo que intentado el cobro dentro del plazo de gracia de un mes no existiesen fondos suficientes en la cuenta del obligado a pagarla. En este caso, la Compañía notificará por escrito al tomador del seguro que tiene el recibo a su disposición en el domicilio de la Compañía, y éste vendrá obligado a satisfacer la prima en dicho domicilio. Transcurrido el plazo de un mes desde la indicada fecha sin haberse efectuado el pago, el seguro quedará en suspenso excepto en los casos previstos en el artículo 9, apartado 2, de estas Condiciones generales.
- d) Si la Compañía dejase transcurrir el plazo de gracia sin presentar el recibo al cobro, y al hacerlo no existiesen fondos suficientes en la cuenta, aquélla deberá notificar tal hecho al obligado a pagar la prima, por carta certificada o por otro medio de notificación indubitado, concediéndole nuevo plazo de un mes para que comunique a la Compañía la forma en que satisfará su importe, Este plazo se computará desde la recepción de la expresada carta

o notificación en el último domicilio del tomador del seguro comunicado por éste a la Compañía. Transcurrido el plazo de un mes desde la indicada fecha sin haberse efectuado el pago, el seguro quedara en suspenso excepto en los casos previstos en el artículo 9, apartado 2, de las Condiciones Generales.

ARTÍCULO 11

1. La Compañía sólo queda obligada por los recibos librados por sus representantes autorizados legalmente.
2. Cualquier pago de prima efectuado a un mediador de seguros no surtirá efecto frente a la Compañía y no se entenderá realizado a éste salvo que, a cambio, dicho mediador entregue al tomador del seguro el recibo de prima correspondiente emitido por la Compañía.

VII. OTRAS OBLIGACIONES FACULTADES DEL TOMADOR DEL SEGURO

ARTÍCULO 12

El tomador del seguro tiene las obligaciones siguientes:

- a) Comunicar a la Compañía, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo en curso y sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas por ésta en el momento de la perfección del contrato de seguro o de la constitución de la garantía mediante certificado individual de seguro, no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas.

En caso de agravación del riesgo, la Compañía podrá ejercitar cuando proceda las facultades establecidas en el artículo 12 de la ley.

- b) Comunicar a la Compañía, tan pronto como se produzca, cualquier diferencia surgida con el asegurado o eventualidad que pudiera impedir o entorpecer el cumplimiento de las obligaciones legales o/y contractuales aseguradas por esta Póliza.
- c) Presentar a la Compañía las Cuentas Anuales (Memoria, Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias) individuales, y en su caso consolidadas, de cada ejercicio, así como el informe de Gestión anual si su redacción fuera preceptiva de acuerdo con la legislación vigente.

ARTÍCULO 13

El tomador del seguro tiene la facultad de anticipar la cancelación de la Póliza o/y de las garantías prestadas mediante certificado individual de seguro con

derecho en si caso, a la devolución de la parte de la prima que corresponda a períodos de seguro por los que la Compañía no haya soportado riesgo, si antes de sus vencimientos respectivos le acredita fehacientemente la liberación de los compromisos contraídos por la misma ante el asegurado o la extinción de las obligaciones legales o/y contractuales aseguradas.

VIII. FORMALIZACIÓN, CANCELACIÓN Y LIBERACIÓN DE GARANTIAS. PROMESA DE PRENDA

ARTÍCULO 14: FORMALIZACIÓN DE GARANTÍAS

El tomador del seguro deberá solicitar por escrito a la Compañía cada garantía a formalizar y concretar en la solicitud las obligaciones legales o/y contractuales que pretenda sean objeto de cobertura por el seguro, con antelación suficiente a su toma de efecto. Si el texto de la garantía viniera impuesto por el posible asegurado, el tomador del seguro vendrá obligado a adjuntar su contenido íntegro con la solicitud.

1. La Compañía no se encuentra obligada a prestar las garantías que el tomador del seguro le proponga, por lo que le asuste y se reserva el derecho de estudiar separadamente cada operación y, una vez calificada, admitirla o rechazarla.
2. Si la Compañía acepta la operación propuesta, pactará y concretará con el tomador del seguro las condiciones aplicables a la garantía relativas a su texto o contenido, a la prima y demás conceptos de aplicación, vigentes en cada momento. Las condiciones pactadas quedarán fijadas en el certificado individual de seguro y en la aplicación correspondiente, que formarán parte integrante de la Póliza y se entregarán simultáneamente por la Compañía al tomador del seguro.
3. El tomador del seguro deberá constatar en el momento de la recepción del certificado individual de seguro y del documento de aplicación que las condiciones en que se emite la garantía, y en especial su texto o contenido, coinciden con las pactadas, y podrá solicitar a la Compañía la subsanación de los posibles divergencias existentes con anticipación suficiente al vencimiento del plazo de su presentación ante el asegurado para que, si procediera, la Compañía puede subsanarlas.

La simple presentación o entrega por el tomador del seguro de la garantía prestada por la Compañía ante el asegurado conllevará la conformidad de aquél respecto de las condiciones establecidas en el certificado individual de seguro y en la aplicación correspondiente.

4. El tomador del seguro está obligado a remitir a la compañía copia del contrato regulador de la obligación u obligaciones garantizadas

inmediatamente después de la formalización del contrato y, en todo caso, cuando le sea requerida expresamente por la Compañía.

ARTÍCULO 15: CANCELACIÓN DE GARANTÍAS

A todos los efectos previstos en la presente Póliza, incluso los del pago de la prima para la cancelación de cada garantía será necesaria la devolución a la Compañía del documento original en que se formalizó o, en su defecto, la entrega de un documento firmado por el asegurado que acredite en forma fehaciente y a entera satisfacción de la Compañía su cancelación efectiva.

ARTÍCULO 16: LIBERACION DE GARANTÍAS. PROMESA DE PRENDA

1. El tomador del seguro y sus causahabientes se obligan formalmente a liberar o relevar a la Compañía de las garantías prestadas por orden y cuenta de aquél, al amparo de esta Póliza, en los siguientes casos:
 - a) Concurrencia de justa causa, legal o contractual, para la resolución del contrato de seguro.
 - b) Incumplimiento por el tomador del seguro de cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Póliza y, en especial, de las obligaciones relativas al pago de la prima -sea única, primera o siguientes-.
 - c) Requerimiento del asegurado a la Compañía para el pago de la totalidad o parte de la suma asegurada.
 - d) Notoria incapacidad técnica o económica del tomador del seguro para el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales aseguradas.
 - e) Instancia de declaración de quita y espera, concurso de acreedores, o quiebra, por o contra el tomador del seguro o su/s Fiador/es solidario/s, o si por uno u otro/s se solicitase expediente de suspensión de pagos, o si aquél o estos cesaren en las actividades propias de su negocio o industria.
 - f) Mandamiento de ejecución o decreto de embargo sobre bienes del tomador del seguro o de cualquiera de su/s Fiador/es que representen, al menos, el 25 por 100 de la cuantía de sus patrimonios netos respectivos, individualmente considerados.
 - g) Negativa del tomador del seguro o de su/s Fiador/es a aportar a la Compañía sus estados financieros y la información prevista para examinar la evolución de sus situación financiera y patrimonial.
 - h) Disminución de la cifra de recursos propios del tomador del seguro o de su/s Fiador/es en, al menos, el 25 por 100 de su cuantía.
 - i) Fallecimiento del tomador del seguro o de su/s Fiador/s

Si cualquiera de las circunstancias expuestas concurre en alguno de los Fiadores, el tomador del seguro podrá evitar la relevación obligatoria de las garantías prestadas al amparo de esta Póliza ofrecimiento un nuevo Fiador de solvencia demostrable que, a satisfacción plena de la Compañía,

garantice solidariamente las obligaciones contraídas por el tomador en la presente póliza

2. Si se produjera cualquier de los supuestos previstos en el apartado 1 precedente, el tomador del seguro o quien le suceda por cualquier título deberá acreditar fehacientemente a la Compañía la cancelación de las garantías prestadas en el plazo máximo de diez días naturales a contar desde la fecha de recepción del requerimiento de relevación que la Compañía le remita por carta certificada con acuse de recibo o por cualquier otro medio de notificación hábil en Derecho. En defecto de la obligación anterior, el tomador del seguro vendrá obligado en dicho plazo a constituir a favor de la Compañía garantía prendaria sobre efectivo o valores admitidos a negociación en mercados organizados reconocidos oficialmente y/o, en su defecto, otra garantía real, a satisfacción expresa de la Compañía, por un importe igual al de las sumas aseguradas por la Póliza hasta la cancelación plena de las garantías prestadas, momento en el que la Compañía procederá a su vez a la liberación de las contra garantías que se hubieran constituido al amparo de este artículo. A estos efectos, si la prenda se constituyese sobre valores cotizados en Bolsa, estos se valorarán por el 80 por 100 el precio medio de su cotización durante el trimestre precedente; y si se constituyese sobre títulos de Renta Fija, estos se computarán por el 90 por 100 de su valor nominal.
3. Si el tomador del seguro o su causahabiente no procediera dentro del plazo expresado a la relevación de las garantías o no constituyese la prenda y/o contragarantías reales suficientes a juicio de la Compañía hasta cubrir las sumas aseguradas, quedarán expeditas para la Compañía cuantas acciones legales le asistan para proceder contra el tomador o quien lo suceda por cualquier título y exigirle por vía judicial el cumplimiento efectivo de dicha obligación.

ARTÍCULO 17: SINIESTRO. OBLIGACIONES DEL TOMADOR DEL SEGURO

1. El siniestro se entenderá producido cuando el asegurado requiera a la Compañía el pago de la totalidad o parte de la suma asegurada en los términos y dentro de los límites establecidos en el certificado individual de seguro correspondiente.
2. El tomador del seguro tiene las siguientes obligaciones previas, simultáneas y posteriores a la producción de siniestro.
 - a) Comunicar a la Compañía el incumplimiento de sus obligaciones legales y/o contractuales aseguradas por la Póliza y cualquier notificación o requerimiento que reciba del asegurado en relación con dicho incumplimiento, dándole traslado de su contenido íntegro.
 - b) Emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro

- c) Dar a la Compañía toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro.
- d) Colaborar con la Compañía en la tramitación del siniestro con la mayor diligencia, comunicándole en el plazo más breve posible cualquier notificación judicial, extrajudicial o administrativa que llegue a su conocimiento y esté relacionada con el siniestro.

ARTÍCULO 18: PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

1. La compañía queda autorizada para efectuar el pago de las cantidades que le sean queridas hasta la suma asegurada en el plazo que fije el asegurado, sin necesidad de notificación previa al tomador del seguro ni que éste muestre o no previamente su conformidad, y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado o procedente ni si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular, quedando asimismo exenta de la obligación de tener que impugnar u oponerse a la ejecución de las garantías.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 anterior, la compañía se reserva los derechos a plantear las reservas y objeciones que el tomador del seguro le comunique y traslade por escrito junto con la documentación en que el tomador fundamente su oposición al pago y a impugnar, en su caso, la ejecución de las garantías.

ARTÍCULO 19: EJECUCIÓN DE LA PRENDA

Si como consecuencia de lo establecido en el artículo 16 de estas Condiciones Generales se hubiera constituido la prenda de efectivo y la compañía tuviera que efectuar el pago de todo o parte de la suma asegurada, queda facultada expresamente para reembolsarle de las sumas satisfechas al asegurado con cargo a las condiciones depositadas en prenda.

Si se hubiera constituido la prenda sobre valores y/o otra garantía real, la Compañía queda facultada expresamente para vender aquellos o para ejecutarla en la forma pactada en el contrato de pignoración y/o de garantía correspondiente, a partir de la fecha en que el asegurado le requiera el pago de la totalidad o parte de la suma asegurada, aplicándose el producto para resarcirse de las cantidades que hubiera satisfecho.

ARTÍCULO 20: COMPENSACIÓN

Si como consecuencia de la garantía prestada, la Compañía tuviera que pagar al asegurado todo o parte de la suma asegurada, el tomador del seguro, sin perjuicio de lo pactado en el artículo anterior, autoriza irrevocablemente a la

Compañía para cobrar la cantidad satisfecha al asegurado en concepto de indemnización con cargo a las sumas de dinero que la Compañía pudiera deber al tomador del seguro por cualquier concepto, concediéndole éste a aquella cuantas facultades sean precisas a los solos efectos de su compensación.

ARTÍCULO 21: DERECHOS DE ANTICIPO Y DE REEMBOLSO, RECLAMACIÓN JUDICIAL

1. El tomador del seguro se obliga a anticipar o a poner inmediatamente a disposición de la Compañía las cantidades que le sean requeridas a esta última por los asegurados o, en su caso, a resarcir o reembolsar de inmediato a la Compañía de todo pago o desembolso que ésta efectúe a los asegurados como consecuencia de las garantías prestadas, en el plazo máximo de diez naturales, bastando para ello el simple requerimiento de la compañía.
2. Transcurrido diez días naturales desde que la Compañía requería el pago al tomador del seguro sin que el anticipo o el reembolso fuera realizado, la Compañía podrá exigirlo judicialmente por cualquier procedimiento pertinente, y especialmente por vía ejecutiva, a cuyo efecto se considera título ejecutivo la presente póliza, pudiendo justificarse el saldo líquido debido por el tomador del seguro con los documentos acreditativos del requerimiento de pago efectuado por el asegurado a la Compañía o de la pago o pagos efectuados por la Compañía al asegurado, o con certificación expedida por la Compañía e intervenida por Fedatario Público, con referencia a sus libros mercantiles.
3. Las cantidades que el tomador del seguro adeude por razón de lo establecido en este artículo devengarán a favor de la Compañía, desde que fueren debidas, el interés legal del dinero más dos puntos porcentuales, que igualmente podrá ser exigible en la vía ejecutiva.
4. El tomador del seguro o su causahabiente no podrá oponer la Compañía, para no proceder al anticipo o al reembolso a que se refiere este artículo, las objeciones por él alegadas o que pudiere formular frente al asegurado.

ARTÍCULO 22

El tomador del seguro, una vez haya efectuado el referido anticipo o reembolso a la Compañía, quedará en libertad para reclamar al asegurado, por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente reclamadas por el asegurado y pagadas por la Compañía.

ARTÍCULO 23: SUBROGACION

La compañía, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, a cuyo

efecto tanto el tomador del seguro como el asegurado deben facilitarle dicha subrogación.

X. DERECHOS DE TERCEROS

ARTÍCULO 24

Dado que la relación jurídica del presente contrato se establece exclusivamente con el tomador del seguro y con el asegurado, el posible derecho de terceros se entenderá limitado a la percepción de la indemnización si correspondiera, sin que puedan intervenir en la tramitación del siniestro, y afectándoles las reducciones o pérdidas de derechos en que hubiera incurrido el tomador del seguro o el asegurado de acuerdo con la legislación vigente.

XI. CONCURRENCIA DE GARANTÍAS

ARTÍCULO 25

1. Cuando cualquiera de las obligaciones aseguradas por esta Póliza estuviera también garantizada en metálico, en valores públicos o en valores privados, o por otra entidad aseguradora, Banco, Caja de Ahorro, Cooperativa de Crédito o Sociedad de Garantía Recíproca y durante idéntico período de tiempo, el tomador del seguro o el asegurado deberán comunicar a la Compañía y a cada entidad garante los demás seguros o garantías constituidas o que estipule o contrate, salvo disposición legal o pacto expreso en contrario. Si se omitiera esta comunicación y, en caso de sobreseguro o sobregarantía se produjera el siniestro, la Compañía no está obligada a pagar la indemnización.
2. Una vez producido el siniestro, el tomador del seguro o el asegurado deberá comunicarlo a la compañía y a cada entidad garante, con indicación de las garantías adicionales les constituidas sobre el mismo riesgo y del nombre de los demás garantes, que contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada o garantizada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. Dentro este límite, el asegurado puede pedir a la Compañía la indemnización debida en la proporción que le corresponda.

Si el importe total de las sumas aseguradas o garantizadas superarse notablemente el valor del interés, el contrato de seguro será ineficaz si el sobreseguro o la sobregarantía existente se debiera a mala fe del asegurado.

XII. GASTOS

ARTÍCULO 26

Son de cargo del tomador o de sus causahabientes todos los gastos, recargos, impuestos y tributos establecidos o que se establezcan en el futuro que se deriven directa o indirectamente de esta Póliza y de la formalización, depósitos, custodia y cancelación de cada una de las garantías o certificados individuales de seguro que la Compañía preste al amparo de la misma, así como los gastos y costas judiciales o extrajudiciales que la Compañía tuviera que desembolsar para exigir el cumplimiento de lo pactado en la Póliza, incluso los honorarios de Letrado y de Procurador aunque su intervención no fuere preceptiva.

XIII. COMUNICACIONES

ARTÍCULO 27

1. Las comunicaciones del tomador del seguro o del asegurado sólo serán válidas si han sido dirigidas a la Compañía; no obstante, las efectuadas a un agente de seguros de la Compañía surtirán los mismos efectos que si se hubieran realizado directamente a ella.
2. Las comunicaciones de la Compañía al tomador del seguro se considerarán válidas si se han dirigido al último domicilio de éste por ella conocido; las del tomador del seguro deberán remitirse al domicilio de la Compañía en Madrid o al de la oficina de ésta que haya intervenido en la gestión de la Póliza.
3. Las comunicaciones efectuadas a la Compañía por un corredor de seguros en nombre del tomador del seguro surtirán los mismos efectos que si las realizara éste, salvo expresa indicación en contrario por su parte.

XIV. PRESCRIPCIÓN Y JURISDICCIÓN

ARTÍCULO 28

1. Las acciones que se deriven del presente contrato prescribirán al término de dos años, a contar desde la fecha en que puedan ejercitarse.
2. El presente contrato queda sometido a la jurisdicción española y, dentro de ella, será Juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del mismo el del domicilio del tomador del seguro, a cuyo efecto éste designará un domicilio en España, en caso de que el suyo fuese en el extranjero.
3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado precedente, en caso de que se suscite controversia en la interpretación o ejecución del presente contrato, el

tomador del seguro, el asegurado, los beneficiarios, los terceros perjudicados o los derechohabientes de cualesquiera de ellos podrán formular reclamación ante la Dirección General de seguros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

4. Solo con expresa conformidad de las partes, podrán someterse las diferencias derivadas de la interpretación y cumplimiento de este contrato al juicio de árbitros, de acuerdo con la legislación vigente.

MEDIANTE LA FIRMA DEL PRESENTE DOCUMENTO, EL TOMADOR DEL SEGURO ACEPTA LO DISPUESTO EN ESTAS CONDICIONES GENERALES, Y EN PARTICULAR EN TODAS Y CADA UNA DE LAS CLAUSULAS QUE FIGURAN DESTACADAS EN NEGRITA, QUE DECLARA CONOCER Y QUE ACEPTA EXPRESA Y ESPECIFICAMENTE.

EL TOMADOR DEL SEGURO

LA COMPAÑÍA



9.3. La garantía o fianza

Es el vínculo entre asegurador o banco y beneficiario. En muchos países se llama fianza, o incluso también póliza, pero en este caso no hay que confundirla con la póliza que hemos visto en el epígrafe anterior, ya que aquella era el contrato que regulaba las relaciones entre asegurador y tomador del seguro.

Hay numerosas clasificaciones o definiciones posibles sobre la garantía o fianza: por su naturaleza jurídica, por el riesgo que ampara, por su relación con el contrato principal (el que une al beneficiario/asegurado con el tomador del seguro)... pero todas ellas las hemos analizado ya en los capítulos anteriores (en el IV Clases de Garantías, y en el VI al hablar de la Suscripción).

El texto de la garantía viene casi siempre establecido por el beneficiario (y en muchos países suele ser idéntico para bancos y compañías de seguros) a veces incluso de forma reglamentaria, de tal manera que ni el tomador del seguro ni el asegurador participan en su redacción. Esto ocurre siempre que la fianza tiene como beneficiario a la Administración pública o local, ya que en la contratación privada el tomador puede y debe negociar cuál es el texto de la fianza que se le exige. Son raras las ocasiones en las que el asegurador puede participar a la hora de determinar cuál debe ser el texto de una garantía. Su opción es la de aceptar o rechazar su emisión según esté conforme o no con el mismo.

9.4. Contragarantías

Como ya hemos comentado anteriormente, el asegurador tiene, en caso de siniestro, el derecho a repetir, es decir a ser reembolsado, por el tomador del seguro por las cantidades que hubiese pagado al asegurado.

Este derecho, reconocido en los códigos civiles y en todas las pólizas de seguros de caución, puede mejorarse con la petición al tomador del seguro de que aporte garantías que refuercen su compromiso u obligación. A esas garantías adicionales las llamamos en nuestro negocio “**contragarantías**”.

Es habitual que cuando el asegurador dude de la solvencia, financiera más que de la técnica, de su cliente, el tomador le exija a éste la presentación de garantías adicionales que refuercen su solvencia.

En muchos países, fundamentalmente de América Latina, es práctica común la exigencia de contragarantías. El mercado financiero y asegurador las pide y los clientes están dispuestos a otorgarlas sin prácticamente oposición.

En otros mercados, quizás más maduros o más competitivos, es muy difícil obtener contragarantías porque el mercado no las solicita y los clientes/tomadores del seguro se oponen, salvo en las circunstancias que luego veremos, a otorgarlas.

Hay muchas contragarantías posibles, pero las más habituales, aunque quizás no las más eficaces, al menos teóricamente, son las garantías personales, es decir las garantías en las que un tercero, habitualmente los dueños o accionistas del tomador del seguro, se comprometen con el asegurador a reembolsar a éste si no lo hace el tomador del seguro.

Cuando una empresa pequeña, propiedad de una o dos personas, solicita al asegurador que le otorgue una línea o clasificación para la emisión de fianzas, es muy normal que su solvencia sea considerada insuficiente por el asegurador y, por ello, este requerirá al propietario de la empresa que haga lo que él mismo está pidiendo al asegurador: que avale o que afiance a su empresa. Si el propio dueño no quiere contragarantizar a su empresa, podría pensarse que no confía en ella, ya que esa contragarantía sólo le compromete en el caso de que su empresa incumpla alguno de los compromisos contractuales contraídos, le sea ejecutada la fianza y no responda ante el asegurador. Malo sería que éste que no es el dueño de la empresa y que, por tanto, no la controla, estuviera dispuesto a hacer lo que no quiere hacer el propio dueño: garantizar a su empresa.

Hay casos en los que parece lógico que el propietario de una empresa no quiera aportar su garantía personal. Estamos pensando en casos en los que los fondos propios y, por ende, la solvencia de la empresa que nos solicita una línea de clasificación, supera de manera notable el importe del límite solicitado.

Casos en los que la experiencia de largos años de actividad garanticen el buen hacer del empresario...

Otra situación en la que es muy normal la solicitud de contragarantías, es el caso de las empresas de tamaño mediano y pequeño que tienen como accionista único o principal a otra empresa, ésta sí de tamaño y solvencia importante. Cuando el solicitante no reúne al cien por cien las condiciones de solvencia que pide el asegurador, es normal que éste requiera la contragarantía de la empresa matriz.

No obstante lo mencionado anteriormente en algunos mercados, fundamentalmente europeos, ni siquiera en circunstancias como las mencionadas, es fácil la obtención de contragarantías. El cliente parece que siempre tiene la opción de conseguir que otro banco o asegurador le de la línea de clasificación para fianzas que necesita, sin tener que aportar garantías adicionales.

No hay que olvidar que esos mismos clientes que solicitan líneas de clasificación para fianzas, también necesitan líneas de crédito en las que el banco exigirá, ahí con mucha mayor presión, la aportación de garantías, y bien pudiera ser que si los bienes de las empresas o los de los propietarios de éstas, estuviesen comprometidos en contragarantías para otras actividades (como las de garantizar líneas de clasificación de fianzas) el banco podría considerarlos insuficientes para poder otorgar el crédito solicitado.

Qué duda cabe que una contragarantía es un elemento positivo para la concesión de una línea o clasificación para fianzas, pero no debe nunca ser el único elemento para ello. No hay que olvidar que nuestra obligación de pago al beneficiario/asegurado de la fianza en caso de siniestro, normalmente tendrá carácter inmediato o cuasi inmediato, mientras que el reembolso de la cantidad pagada puede tropezar con dificultades de todo tipo que nos obliguen a su reclamación por vía judicial, ya sea al tomador o a su contragarante, o a ambos, con la consiguiente incertidumbre sobre el resultado final y, en cualquier caso, con una demora en el tiempo de recuperación importante.

En el caso de las contragarantías de personas físicas hay que intentar conseguir, cuando estén casadas, la firma del cónyuge, ya que de otro modo podría ocurrir que en el momento de querer hacer efectiva la contragarantía, el cónyuge que no ha firmado hiciera valer, si el matrimonio tiene, como es lo habitual, régimen económico conjunto, que él es propietario del 50% del patrimonio y que no ha dado su consentimiento para comprometerlo. Es lo que en algunas legislaciones se denomina "tercería de dominio" y puede poner en riesgo la posibilidad de ser reembolsado por el contragarante.

En el caso de contragarantías de personas jurídicas, es decir, en el caso más habitual, cuando una empresa avala a su filial, también podemos encontrarnos en algunos países con trabas legales. Así ocurre con algunas legislaciones que establecen que para que una empresa pueda emitir avales o garantías, debe

estar incluida tal actividad, la de avalar o garantizar, en el objeto social de la empresa y eso es algo que normalmente no ocurre. En estos casos no basta que el apoderado que firma en nombre del avalista, nos acredite que tiene un poder suficiente que incluye la facultad de avalar de la manera más amplia... ya que no podría hacerlo si no está prevista esta actividad en el objeto social de la empresa. Cuando ésta es pequeña y de pocos accionistas, el problema puede solucionarse con relativa facilidad, celebrando una Junta Universal de accionistas en la que se modifica el objeto social para incluir en el mismo la posibilidad de avalar a terceros, pero en otros casos (que son la mayoría) en los que el número de accionistas es grande, las dificultades pueden ser insalvables y el asegurador debe saber que la contragarantía que ha recibido, quizás no es válida.

¿Cómo deben formalizarse las contragarantías? ¿Debe exigirse una contragarantía individualizada por cada fianza que sea solicitada al asegurador?, o ¿Debe formalizarse a través de una contragarantía única que ampare bajo la misma todas las garantías que se emitirán en un futuro para el mismo tomador?

Posiblemente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo más conveniente sería formalizar las contragarantías fianza a fianza, ya que así no habría duda de que las mismas estarían amparadas por la contragarantía. Sin embargo, este sistema es muy poco práctico ya que nos obligaría a solicitar la firma de los contragarantes continuamente, paralizando así la emisión de las fianzas.

No olvidemos que en muchos países estas contragarantías se intervienen por notarios u otros fedatarios públicos que no siempre están disponibles el día y hora en los que se les necesita...

Nuestra recomendación es la de solicitar y formalizar la contragarantía una única vez, con todas las tutelas necesarias para saber que luego no podrá ser puesta en cuestión. Ni que decir tiene que este sistema, igual que otros que hemos mencionado anteriormente (firma de una sola póliza con el tomador, aprobación de líneas o clasificaciones para fianzas que evitan el análisis y aprobación individualizada de cada una de las fianzas que nos solicitarán nuestros clientes...) facilita en la práctica que la compañía de seguros pueda prestar un servicio de emisión a sus clientes tan ágil, rápido y eficaz como exige el mercado, y todo ello sin menoscabo de las necesarias precauciones que el asegurador debe tomar.

Como hemos dicho al inicio de este epígrafe, hay muchos tipos de contragarantías, además de las que ya hemos mencionado. Entre las más habituales están las garantías reales como la prenda o la hipoteca, que si bien en algunos países no se solicitan, sobre todo la hipoteca, ya que los gastos que lleva aparejada su constitución primero, y su anulación después, la hacen impensable, en otros son moneda común ya que su formalización es, por un

lado sencilla y barata, y por otro su eficacia está fuera de toda duda aunque su ejecución sea morosa en el tiempo.

Existe en todos los mercados, como es lógico y deseable, una competencia para captar clientes y para ser más atractivo hay quien opta por reducir las tasas de prima, es decir el precio, o por flexibilizar los niveles de exigencia de contragarantías. Si tuviésemos que elegir entre uno y otro, optaríamos por el primero.

Se acompaña como anexo a este capítulo dos modelos de contragarantía global, es decir, que ampara todas las fianzas que se emitirán por el asegurador para el mismo tomador del seguro. Uno de los modelos es para los casos en los que el contragarante es una persona física y el otro cuando se trata de una persona jurídica.

ANEXO 24

CONTRAGARANTIA DE PERSONAS FÍSICAS

D..... con N.I.F.
Dña..... con N.I.F.
D..... con N.I.F.
Dña. con N.I.F.
(en los sucesivos LOS AVALISTAS)

Avalan

SOLIDARIAMENTE A con C.I.F.(en lo sucesivo, EL AVALADO), en los términos más amplios posibles en derecho y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división y a cualquier otro que pudiera corresponderle, para responder del cumplimiento de cuantas obligaciones EL AVALADO tiene contraídas o contraiga en el futuro en virtud de la Póliza de Seguro de Caucción N.º y de las garantías o certificados individuales de seguro emitidos o que se emitan con cargo a dicha Póliza que EL AVALADO tiene suscrita con (el asegurador) Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., cuyas Condiciones generales, particulares y especiales EL/LOS AVALISTAS declaran conocer.

A tal efecto:

- a) EL/LOS AVALISTA/S relevan expresamente a (el asegurador), Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A. de notificarle el incumplimiento de EL AVALADO.
- b) EL/ LOS AVALISTA/S se obligan a pagar a primer requerimiento de (el asegurador), Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A. las cantidades afianzadas que ésta les reclame, en el plazo de diez días

naturales siguientes a la recepción de dicho requerimiento, sin que puedan oponer excusa alguna, ni la oposición de EL AVALADO.

- c) EL/LOS AVALISTAS/S aceptan expresamente que (el asegurador) Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A. pueda conceder o tolerar sin su consentimiento retrasos, prórrogas o aplazamientos en el pago de las obligaciones principales afianzadas, sin que ello implique la extinción de la fianza.

En.....
a.....de.....de.....

ANEXO 25

CONTRAGARANTIA DE PERSONAS JURÍDICAS

D., provisto del N.I.F.nº....., en nombre y representación de(C.I.F. nº), según acredita mediante escritura bastante al efecto otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio deDon el día de de e incorporada a su Protocolo bajo el nº, vigente según manifiesta.

Avalan

SOLIDARIAMENTE A..... con C.I.F..... (en lo sucesivo, EL AVALADO), en los términos más amplios posibles en derecho y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división y a cualquier otro que pudiera corresponderle, para responder del cumplimiento de cuantas obligaciones EL AVALADO tiene contraídas o contraiga en el futuro en virtud de la Póliza de Seguro de Caucción N.º y de las garantías o certificados individuales de seguro emitidos o que se emitan con cargo a dicha Póliza que EL AVALADO tiene suscrita con (el asegurador) Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.,(C.I.F. nº.) cuyas Condiciones generales, particulares y especiales EL/LOS AVALISTAS declaran conocer.

A tal efecto:

- d) EL AVALISTA relevan expresamente a (el asegurador), de notificarle el incumplimiento de EL AVALADO.

- e) EL AVALISTA se obligan a pagar a primer requerimiento de (el asegurador), las cantidades afianzadas que ésta les reclame, en el plazo de diez días naturales siguientes a la recepción de dicho requerimiento, sin que puedan oponer excusa alguna, ni la oposición de EL AVALADO.
- f) EL AVALISTA aceptan expresamente que (el asegurador) pueda conceder o tolerar sin su consentimiento retrasos, prórrogas o aplazamientos en el pago de las obligaciones principales afianzadas, sin que ello implique la extinción de la fianza. EL AVALISTA renuncia asimismo a poner o a invocar en perjuicio de (el asegurador) la aprobación y todos los efectos (quitas, esperas, etc.) del convenio de acreedores que pudiera resultar aprobado en eventual procedimiento de concurso de EL AVALADO, aun cuando (el asegurado) se adhiera o vote a favor de dicho convenio

En....., a.....de.....de.....
EL AVALISTA

9.5. El recibo de prima. La factura

Las compañías de seguros de caución expiden un recibo para el cobro de la prima correspondiente a cada fianza que emiten. Lo más correcto e idóneo para el asegurador sería que ese recibo se hiciera por todo el período de duración de la fianza e incluso que se pudiera cobrar al mismo tiempo de entregar ésta, pero, sin embargo, la realidad que impone el mercado y la competencia normalmente es otro, aunque en algunos países (EEUU, Colombia, Israel...) se ha conseguido facturar por todo el período en el momento de emitir la fianza. Como decimos, esto es la excepción y no la regla, ya que lo normal es que el recibo inicial de prima no cubra todo el período de duración de la fianza. En algunos mercados esta práctica viene impuesta porque el asegurador desconoce, cuando emite la fianza, cuánto durará ésta.

Por ejemplo en España, las fianzas ante la Administración pública y local, indican que *“la garantía estará en vigor hasta que la Administración no autorice su cancelación”*, lo que implica, de hecho, no conocer cuánto durará la fianza.

Como consecuencia de esta indefinición respecto al vencimiento de la fianza o, en ocasiones, debido a las condiciones de competencia del mercado, el recibo inicial cubre habitualmente un período de un año pero tampoco es raro que se facture solo un trimestre, lo que hace que una fianza deba facturarse entre una y cuatro veces al año, y así sucesivamente por los años de vigencia de la misma. Esto significa que una empresa de seguros de caución que emita entre 25.000 y 35.000 fianzas al año deba expedir, si factura trimestralmente, unos

100.000 recibos (no todas las fianzas duran más de un año, y algunas como las de licitación, suelen cancelarse a los 3/6 meses de su emisión).

A esa cifra de recibos anuales debemos añadirle la que se produce como consecuencia de la refacturación de las fianzas emitidas en años anteriores, ya que no debemos olvidar que la duración media de las fianzas puede alcanzar los tres años. Eso quiere decir que a los 100.000 recibos anuales por las fianzas emitidas en el ejercicio, hay que añadirle otros 200.000 ó 300.000 de las fianzas emitidas en años anteriores, que aún permanecen en vigor y que se refacturan anual o trimestralmente, según sean las condiciones de pago acordadas con el cliente.

A este problema de emisión masiva de recibos, se le une en algunos países lo que se denomina el “*el extorno de prima*”, es decir, la devolución del dinero pagado por haberse facturado y cobrado por un período superior al de la duración real de la fianza. Un ejemplo: si una fianza se emite con cobro anual y el cliente nos devuelve la fianza a los 9 meses y 10 días, la compañía debería extornarle, es decir, “devolverle” el dinero de la prima cobrada correspondiente a 2 meses y 20 días, ya que durante ese tiempo la fianza no ha estado en vigor y se ha pagado por ello. Esto quiere decir que a la emisión de miles de recibos de prima, algunas compañías añaden miles de recibos de extorno de prima.

Normalmente las compañías disponen de un departamento de gestión de cobros para contactar con los clientes y solicitar el pago de los recibos de prima pendientes de cobro. Teniendo en cuenta que hay clientes que piden fianzas a diario, o casi a diario, todos los días estarían recibiendo llamadas del departamento de cobros solicitándoles el pago, y a nadie se le escapa que eso, cobrar, además de suponer una gran carga de trabajo y un costo notable en salarios de las personas que se dedican a dicha actividad, es totalmente anticomercial ya que a nadie le gusta que constantemente le reclamen el pago de cantidades adeudadas.

Podría pensarse que el cliente pagará sus recibos sin que nadie le llame para recordárselo pero, desgraciadamente, todavía no hemos llegado en muchos países a esa situación.

¿Cómo solucionar este problema? Algunas compañías han puesto en acción lo que podría denominarse *la factura mensual*. En este documento, que se emite una sola vez al mes para cada uno de los clientes, se recogen todos los recibos correspondientes a las fianzas solicitadas durante el mes anterior, más los recibos correspondientes a fianzas emitidas en el mismo mes en años anteriores que todavía estén en vigor y que por ello se refacturan, menos los extornos correspondientes a fianzas emitidas en años anteriores y que nos han sido devueltas por cancelación en el mes que refleja la factura, produciéndose el derecho del cliente a recibir, en su caso, una devolución por el dinero pagado en exceso.

Hay que tener en cuenta tres conceptos:

- recibos correspondientes a fianzas emitidas en el mes,
- recibos correspondientes a fianzas que se refacturan en el mes de que se trate,
- menos extornos que se devuelven en ese mes.

Estos tres conceptos arrojan una única cantidad a pagar por el cliente o, en su caso, a devolver por el asegurador, mensualmente. Esto quiere decir que la compañía de seguros solo emitirá 12 facturas al año por cliente y éste solo deberá hacer frente al pago de 12 facturas en lugar de los miles de recibos de prima, de refacturaciones y de extornos antes mencionado. La simplicidad administrativa y el ahorro de tiempo y, por ende, de costos, es enorme.

9.6. El Contrato

Aunque muchas veces lo que el asegurador garantiza es el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria, que no necesariamente está plasmada en un contrato (así por ejemplo, las fianzas de aduanas o las judiciales), lo más habitual es que la fianza garantice el cumplimiento de una obligación contractual, es decir, que haya un contrato (de obra, suministro o servicio) entre asegurado y tomador del seguro.

Parece totalmente lógico, y lo es, que el asegurador conozca y analice las cláusulas y los compromisos que adquiere el tomador del seguro en el contrato cuyo cumplimiento va a garantizar.

Nos encontramos de nuevo con un problema práctico de gran importancia. Habitualmente los clientes solicitan que las fianzas le sean emitidas y entregadas en un brevísimo lapso de tiempo, normalmente no superior a 24 horas. Hay compañías, como hemos dicho, que emiten fácilmente 200, 300, 500 o más fianzas al día y eso supondría examinar ese mismo número de contratos, y tomar la decisión correspondiente cada día (amén de archivarlos hasta la cancelación de las fianzas).

La compañía de seguros probablemente se colapsaría y no sería capaz de dar un servicio rápido y eficaz. El cliente no querría tener la incertidumbre de no saber si el asegurador le emitirá o no la fianza que el necesita con urgencia...

Es verdad que la compañía podría contratar profesionales, internos o externos, para analizar todos esos contratos, pero el costo de personal que debería soportar sería enorme y la compañía se vería obligada, o bien a subir el precio de su prima – y ser poco competitivos en precio –, o su cuenta de pérdidas y ganancias se vería seriamente afectada.

A este problema, y como solucionarlo en la práctica, ya nos hemos referido en el capítulo VII, al que nos remitimos.

9.7. Otros documentos del seguro de Caución

Como es lógico, cada compañía tendrá sus modelos de cartas comerciales, de acuse de recibo de siniestros, etc. Un documento que puede tener importancia es aquel por el que la compañía comunica al cliente la aprobación de una línea de clasificación por un determinado importe. En estos casos es recomendable que además de comunicar a nuestro cliente qué líneas le hemos aprobado, introduzcamos un párrafo que diga algo del tenor siguiente: *“no obstante la aprobación de la línea de clasificación para fianzas antes mencionada, la compañía se reserva el derecho a emitir o no las garantías cuya emisión le sea solicitada por lo que le asiste el derecho de estudiar separada e individualmente cada operación, y una vez analizada admitirla o rechazarla”*.

De esta forma evitaríamos teóricas y posibles demandas que algún cliente, al que le rechazásemos la emisión de una o más garantías, pudiera interponernos, aduciendo ante el juez que ha sufrido daños y perjuicios al ver rechazada la emisión de la garantía, sin tiempo para reaccionar y pedírsela a otro asegurador o banco, cuando confiaba en base a la carta de comunicación de aprobación de la línea que la aseguradora había adquirido el compromiso de emitir todas las fianzas que, en su conjunto no superasen el límite de la línea de clasificación.

CAPÍTULO X EL FRONTING

10. EL FRONTING

10.1. ¿Qué es el *fronting* y en qué situaciones es necesario?

El mundo de las garantías, tanto bancarias como de compañías de seguros, está globalizado desde hace más de 30 años. Con relativa y creciente frecuencia, los clientes del asegurador necesitan fianzas fuera de su país, ya que les han sido adjudicados contratos o se presentan a concursos más allá de sus fronteras. Estas fianzas, normalmente, también se las solicitan a su asegurador local, aunque éste no puede emitir las directamente.

A la actividad de emisión de garantías en el exterior, se la conoce en el mundo asegurador como *fronting*. Dicha actividad ha sido creciente de manera exponencial y es hoy una realidad diaria en nuestro negocio.

En las operaciones de *fronting* los bancos y las compañías de seguros prestan un servicio de emisión de garantías para sus clientes más allá de las fronteras de su país y, para ello, utilizan los servicios de compañías colegas con sede en el país en el que se celebra el contrato. La compañía emisora de la garantía se denomina compañía *fronting* y cobra una comisión de la compañía *instructora* con base en las primas (generalmente entre un 5% y un 15%), además de cualquier otro gasto que genere la emisión de la garantía (impuestos, notario...).

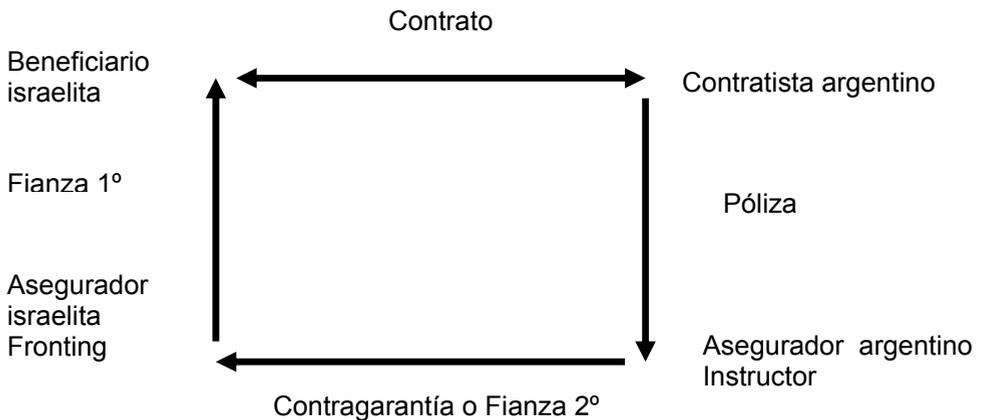
La compañía que solicita la emisión de la garantía a la compañía *fronting* se denomina compañía *instructora* y debe garantizar a la compañía *fronting* que quedará indemne de cualquier contingencia que se derive de la emisión de la garantía solicitada.

En las garantías normales, que también se llaman directas, que emitimos en nuestros propios países, la relación entre las tres partes que intervienen en la operación es la siguiente:

En las operaciones de *fronting*, también llamadas garantías indirectas, interviene una cuarta parte que es el banco o compañía de seguros del país local, ya que normalmente es una exigencia del beneficiario que el contrato sea garantizado por una institución local. En este caso, la relación de las partes es como sigue:



En las operaciones de *fronting*, también llamadas garantías indirectas, interviene una cuarta parte que es el banco o compañía de seguros del país local, ya que normalmente es una exigencia del beneficiario que el contrato sea garantizado por una institución local. En este caso, la relación de las partes es como sigue:



En el ejemplo que ponemos, un contratista argentino ha formalizado un contrato con un beneficiario israelita y, de acuerdo con dicho contrato, la garantía debe ser emitida por un banco o compañía de seguros israelita.

El contratista argentino, que probablemente no conoce a ningún banco ni compañía de seguros en Israel, se dirige a su banco o compañía de seguros local, solicitándole que pida a un banco o compañía de seguros israelita la emisión de la garantía (fianza 1ª) requerida contractualmente, emitiendo, al mismo tiempo, el banco o compañía de seguros argentina, una segunda garantía (fianza 2ª) (realmente una contragarantía) a favor del banco o compañía de seguros israelita, relevándole de cualquier responsabilidad económica que pudiera asumir como consecuencia de la primera garantía.

En la actualidad, las compañías que actúan como *fronting* no reaseguran, es decir no ceden el riesgo en todo o en parte a sus reaseguradores, las fianzas que emiten (fianza 1ª) como operaciones de *fronting*. La razón es clara: no cobran prima por ello (tan solo cobran una comisión, llamada “comisión de *fronting*”, que le paga la instructora) ya que la fianza que realmente se factura es la que emite la instructora (fianza 2ª) que, muy probablemente, tendrá incluidas este tipo de operaciones en su contrato de reaseguro y, por lo tanto, cedería el riesgo de las operaciones de *fronting* a sus reaseguradores en la forma habitual.

Esto quiere decir que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las fianzas que emite, la compañía *fronting*, en las operaciones de *fronting* solo cuenta con el respaldo de la compañía instructora pero no de su reaseguro, al que no le puede ceder el riesgo porque no cobra prima por él, y porque teóricamente no existe, ya que a través de la garantía segunda el riesgo se traslada en su totalidad a la instructora.

La ventaja de hacer estas operaciones a través de compañías de seguros en lugar de a través de bancos, es que, habitualmente, éstos cobran dos veces: una, el banco que hace el *fronting*, por la primera garantía y, otra, el banco instructor, por la segunda, mientras que las compañías de seguros – al menos hasta la fecha y tal y como hemos dicho – solo facturamos por la segunda garantía que es la que realmente y en último término soporta el riesgo.

Este hecho no sólo representa una reducción importante del costo de estas operaciones, sino que facilita de manera notable, su administración, ya que el cliente (en nuestro ejemplo la compañía argentina) a favor del cual se emite la garantía, deberá pagar la prima a la compañía *instructora*, es decir a su afianzador habitual en su propio país, como si se tratara de una garantía más.

Si en la teoría la solución técnica al problema es, como vemos, poco complicada, la práctica, sin embargo, nos indica que el *fronting* es un negocio mucho más peligroso que la emisión de garantías directas en tu propio país. Y es más peligroso tanto para la compañía *fronting* como para la compañía *instructora* y, por ello, tanto una como otra deben extremar las precauciones y tomar algunas medidas para minimizar estos riesgos.

10.2. Los riesgos del *fronting* y cómo aminorarlos

¿Qué riesgos corre la compañía instructora?

En estas operaciones hay que tener muy claro que la compañía *fronting* es la responsable directa ante el beneficiario, y que bien pudiera ocurrir que si la garantía fuera reclamada (fianza 1ª) y el beneficiario fuera un beneficiario importante y habitual de la compañía *fronting*, ésta podría tener motivos, entre otros la presión/amenaza del beneficiario, para querer hacer frente al pago de la misma sin intentar buscar los recursos legales, si los hubiera, para oponerse

a la ejecución; es decir, la compañía afianzadora que hace el papel de instructora está a expensas de la decisión que, en cada momento, tome la compañía *fronting*, y eso, qué duda cabe, agrava el riesgo, ya que incluso si la compañía *instructora* viera que la reclamación es totalmente injustificada, no podría impedir que la compañía *fronting* quiera hacer frente al pago de la misma, previa reclamación a la compañía *instructora* del 100% de su importe en base al respaldo que previamente le habrá otorgado (fianza 2ª del cuadro).

La instructora tampoco tiene el derecho de demandar al asegurado aún en el caso de que la ejecución de la fianza 1ª haya sido manifiestamente indebida. Este derecho podría ejercerlo, si quisiera (y muchas veces no querrá) la compañía *fronting* o el propio tomador lo que sin duda pone a la compañía *instructora* en peor condición respecto a la que tiene cuando emite fianzas en su propio país y ella es la garante directamente ante el asegurado.

Habitualmente, esta 2ª fianza o contragarantía se documenta a través de una garantía incondicional, irrevocable y a primera demanda, lo que deja a la compañía *instructora* totalmente en manos de la compañía *fronting*.

(Se adjunta como Anexo 26 modelo de *Garantía e Indemnización para operaciones de fronting*, realizado por la Asociación Panamericana de Fianzas y la ICISA, actualmente en revisión, cuya utilización es recomendada a los miembros de ambas asociaciones).

¿Existe algún modo de evitar esta situación?

Hay una forma, además muy práctica e incluso muy sencilla: invitar a la compañía *fronting* a participar en el riesgo mediante la retención por cuenta propia de un porcentaje no muy pequeño (sería suficiente un 20% –aunque todo es objeto de negociación–), de tal manera que de producirse una reclamación, la compañía *fronting* tendría un interés directo en mitigar sus efectos cuando ello fuera posible. Para ello hay que intentar establecer acuerdos previos con compañías colegas de diversos países y facilitar la documentación mínima necesaria sobre los clientes que habitualmente solicitan fianzas en el exterior, de tal manera que cuando surja la necesidad de solicitar un *fronting*, las decisiones sobre retención y cesión de riesgos entre la entidad instructora y la compañía *fronting* estén ya totalmente acordados para así poder facilitar el servicio a los clientes de la *instructora* con la mayor prontitud, sin tener que esperar a alcanzar acuerdos puntuales con la compañía *fronting*,

No debemos olvidar que en las operaciones de *fronting*, tanto la compañía *instructora* como su cliente están actuando en un país extranjero, y la capacidad de una y otro de actuar como lobby y de maniobrar para evitar la ejecución de la garantía, es muy reducida por no decir nula. De ahí que las posibilidades de una ejecución, ya sea debida o indebida, son mucho mayores que las de las garantías que el asegurador emite en su propio país para el mismo cliente, lo que refuerza la necesidad de tomar las precauciones que hemos comentado anteriormente.

Otra precaución no menos importante en las operaciones de *fronting*, es tener perfectamente documentado el derecho de la compañía instructora a repetir contra su cliente en caso de ejecución de la garantía, ya que no debemos olvidar que técnicamente la fianza habrá sido emitida por otra compañía, la compañía *fronting* y que, teóricamente, la compañía instructora no estaría amparada por el derecho de repetición salvo que éste estuviera perfectamente previsto y documentado.

Bien es verdad que una vez ejecutada la fianza 1ª, la compañía *fronting* ejecutará la fianza 2ª que ha sido emitida por la *instructora* y, por tanto, sería esta 2ª fianza la que permitiría a la compañía instructora reclamar a su cliente, el tomador del seguro.

El contrato de *fronting* entre la compañía instructora y su cliente, el tomador del seguro (se adjunta un modelo como Anexo 27) recoge también una circunstancia que se da muy frecuentemente en las operaciones de *fronting* y que no es otra que la existencia de una compañía filial del cliente, establecida en el país en el que se va a ejecutar el contrato y que es quien formalmente firmará y ejecutará el mismo. No es infrecuente que esta compañía filial sea de reciente constitución y que su estructura financiera sea, a veces, cuestionable. Justamente por estos motivos es muy importante obtener la contragarantía del cliente para las operaciones de *fronting* que solicite, en las que actúe como tomador del seguro una compañía filial suya en el extranjero.

Vamos a mirar ahora la misma situación desde la otra orilla:

¿Qué ocurre en el caso de que nuestra compañía actúe como compañía *fronting*?

Sería el caso de una compañía, que recibe de otra compañía colega (*la instructora*) la petición de emitir una garantía (fianza 1ª) para un cliente suyo con su respaldo al 100% instrumentado a través de una garantía (fianza 2ª). En estos casos el riesgo fundamental para la compañía *fronting* se deriva de la posible falta de solvencia de la compañía *instructora* que, de ocurrir una reclamación (siniestro) de la garantía sería la única vía que la compañía *fronting* tendría para recuperar el importe que se le reclama.

En la práctica, la compañía *instructora* asumiría el papel equivalente a un único reasegurador de la compañía *fronting* por el 100% del riesgo. Si la compañía *instructora* no fuera solvente por cualquier circunstancia (por ejemplo, porque no tuviera el reaseguro necesario), podríamos encontrarnos que ocurrida la reclamación, la compañía instructora dilataría o, simplemente rechazaría el pago de la misma, y la compañía *fronting* se vería obligada ante el beneficiario a realizar el pago sin poder recuperarlo de la compañía instructora, ni cederlo a su reaseguro ya que, hasta la fecha, estas operaciones se hacen sin reaseguro por parte de la compañía *fronting* porque ésta sólo actúa como intermediaria, y con la contragarantía de la *instructora*.

¿Cómo evitar esta situación?

En teoría parece sencillo: hay que analizar la solvencia de las compañías colegas, que actúan como instructoras, con mucho rigor, de la misma manera que si se tratara de uno de nuestros clientes, y me atrevería a decir que incluso, si cabe, con más rigor, ya que en el caso de los clientes habituales las garantías que emitimos para ellos son compartidas con nuestros reaseguradores, mientras que en el caso de la garantía que emitimos como compañía *fronting* para una compañía *instructora*, todo el riesgo está soportado por ésta.

Una vez analizada la solvencia de la instructora, y si fuera posible también del cliente que llevará a cabo el contrato, deberemos decir sí o no a la compañía colega, algo que parece fácil en la teoría, pero que es mucho más difícil en la práctica ya que el mundo de las garantías es un mundo pequeño donde muy frecuentemente las relaciones de compañerismo y corporativismo, a veces de muchos años, con compañías colegas, hacen difícil el decirle que no vamos a emitir la fianza que nos está solicitando, más aún en los casos frecuentes, en los que esa misma compañía que nos pide que actuemos como *fronting* suyo, ha sido *fronting* de nuestra compañía cuando hemos actuado como instructora en contratos celebrados en su país por clientes nuestros. Pero hay que hacerlo.

Además de este problema, hay otros que pueden surgir de la falta de claridad y precisión en los documentos que la compañía *instructora* nos remite (o de la interpretación incorrecta de los mismos por una u otra de las partes), por ejemplo el texto de la fianza, la duración de la misma, así como de la formalización incorrecta del documento de contragarantía que la compañía *instructora* debe firmar con la compañía *fronting*... Que a nadie le quepa la menor duda de que si hay una ejecución de la garantía emitida por la compañía *fronting* y resultara que el texto de la garantía, o la duración, no fuese exactamente la solicitada en su momento por la compañía *instructora*, o ésta así lo interprete y crea que no se han seguido sus instrucciones, habrá un problema a veces de difícil solución. Una recomendación que nos permitimos dar es que la compañía *fronting* remita, por e-mail o por fax, una copia de la garantía emitida, *antes de su entrega al cliente o al beneficiario*, a la compañía *instructora* para requerir el o.k. de ésta.

Desde hace muchos años, tanto la Asociación Panamericana de Fianzas, como la ICISA – International Credit Insurance & Surety Association – tienen un modelo de contragarantía para las operaciones de *fronting* cuyo uso nos permitimos recomendar y que aparece recogido en el punto 10.3 de este capítulo, como Anexo 26. En dicho modelo la fianza 2ª se documenta casi como una garantía incondicional, ya que la única condición que se pide para poder ejecutarla es que la fianza o garantía 1ª haya sido ejecutada o reclamada por el beneficiario. Se trata de un instrumento eficaz para proteger la posición de la compañía *fronting*.

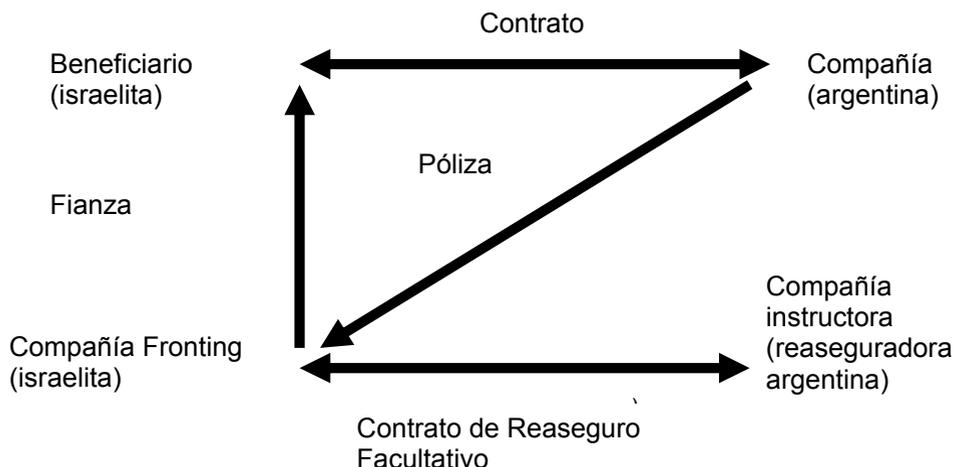
El mayor riesgo de la compañía *instructora* y de la compañía *fronting* en la emisión de estas garantías justificaría que las primas a cobrar en estos casos fueran notablemente mayores que las que aplicamos a las garantías emitidas en nuestro propio país.

El *fronting*, que técnicamente es una operación sencilla, puede llegar a convertirse en un problema serio cuando la garantía emitida es por una cifra importante y es ejecutada por el beneficiario. En ese momento, la compañía *fronting* va a reclamar el importe ejecutado y tanto el cliente como la compañía *instructora* van a poner, muy probablemente, objeciones al pago, objeciones que en muchos casos estarán bien fundamentadas pero que en otros no son sino maniobras dilatorias del pago que podrían poner en una situación muy difícil a la compañía *fronting*, ya que ésta se encontrará presionada por el beneficiario a realizar el pago que se le reclama.

De ahí que el documento de contragarantía (fianza 2ª) de la compañía *instructora* a favor de la compañía *fronting* debe ser clarísimo en su interpretación, y dejar siempre el tema de la decisión de pagar o no pagar la reclamación a la compañía *fronting*, que debe quedar siempre indemne de cualquier decisión que tome el beneficiario sobre la garantía.

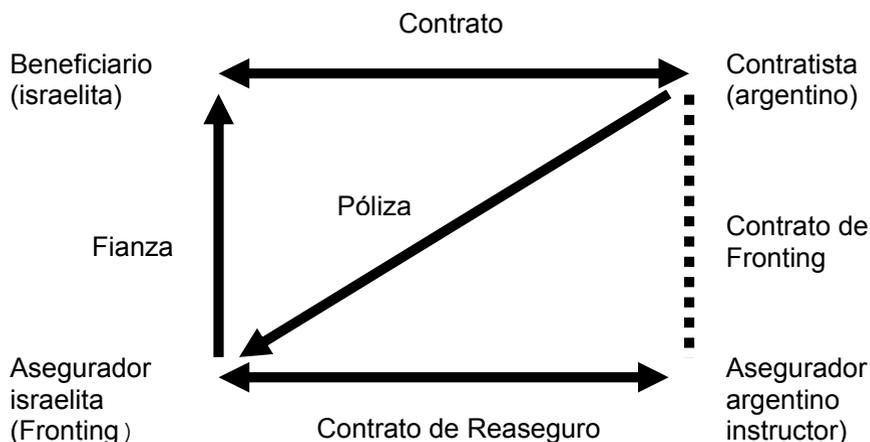
**¿Dónde se hace la emisión del recibo de prima? ¿Dónde se cobra?
¿Cuándo debe cobrarlo?**

Desde hace años, aunque ahora en menor medida porque, como luego veremos, hay otras alternativas más sencillas y eficaces, el *fronting* se instrumenta como si fuera un reaseguro facultativo tradicional (ver el capítulo XI que trata sobre el Reaseguro), de tal manera que la compañía *fronting* emite una fianza y cede el 100% del riesgo y de la prima a la compañía *instructora* que aparece así como un reasegurador. La compañía *fronting* emite el recibo de prima, lo cobra en su país y transfiere su importe a la compañía *instructora*. En un esquema, las relaciones entre las partes serían:



Este sistema, que como hemos dicho todavía se aplica en algunas partes, pero que no recomendamos, salvo que sea la única alternativa por motivos legales, tiene muchas dificultades, entre otras, el cobro de la prima al contratista ya que, normalmente no dispone de fondos necesarios en el país en el que está ejecutando el contrato y ni siquiera tiene una relación comercial con la compañía *fronting*.

Por otra parte, y como podemos ver en el esquema que acabamos de reproducir, no existiría un vínculo directo entre la compañía *instructora* argentina y su cliente, también argentino, por lo que podría encontrarse la compañía *instructora*, en el caso de que la fianza fuera ejecutada, que su cliente le dijera que esa fianza no la ha emitido ella sino la compañía *fronting* y que, por tanto, no podemos reclamarle ninguna cantidad. Naturalmente esto es algo fácilmente evitable, exigiendo a nuestro cliente la firma de un contrato como el que aparece en el Anexo 27 de este capítulo, quedando las relaciones entre las partes como se indica en el cuadro siguiente:

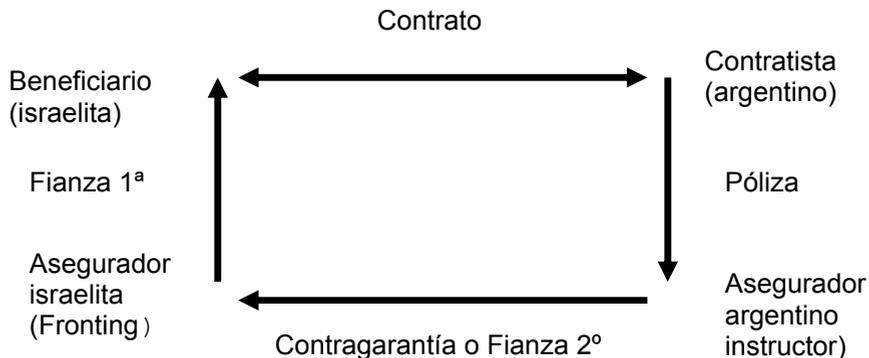


Además de este problema, surge siempre la discusión sobre cuál debe ser la tasa de prima a aplicar, ¿la de la compañía *fronting*, o la de la compañía *instructora*? Por otra parte, no es fácil saber para la *instructora* cuándo la fianza está cancelada, o si están o no pagadas las primas, perdiendo así el control de la operación. En algunos países, incluso hay problemas de transferencia de fondos y la compañía *instructora* puede tardar meses en recibir las primas.

Otro problema muy común, es el hecho de que en muchos países para actuar como reasegurador, que es el papel que juega en este esquema la compañía *instructora*, es necesario estar dado de alta como tal en el país donde se hace la operación y, en ocasiones, ello supone el depósito previo de unos fondos determinados. Por razones obvias (la compañía *instructora* normalmente sólo es aseguradora y no reaseguradora) la *instructora* no estará dada de alta como

reaseguradora y, por ello, no podría actuar como tal, haciendo imposible el *fronting* según este esquema.

Todos estos problemas llevaron hacia un nuevo modelo de instrumentar las operaciones de *fronting*, que es, tal y como ya hemos dicho al inicio de este capítulo como sigue:



En esta nueva situación, que poco a poco va ganando cada vez más adeptos, la garantía que se factura es la garantía 2ª, y la facturación la hace la compañía instructora con la ventaja añadida de que es quién tiene las relaciones habituales con su cliente y, por lo tanto, es ella quien establece la tasa de prima, forma de pago... con su cliente habitual.

La compañía *instructora* debe remitir a la compañía *fronting* la comisión acordada (normalmente entre un 5% y un 15% de la prima) como pago de sus servicios.

La compañía *fronting* en este esquema no emite actualmente recibo alguno por la fianza 1ª, salvo que, por obligaciones legales de su país, deba hacerlo. En este caso, el recibo de la compañía *fronting* sería exactamente por el importe de la comisión de *fronting* que va a cobrar de la compañía *instructora* más los gastos de emisión (notaría, tasas...) en los que hubiera incurrido. La compañía *fronting* no formalizaría ningún documento con el cliente, ya que es la compañía *instructora* la encargada de hacerlo.

Este sistema es mucho más ágil que el anterior, ya que en él, la compañía *instructora* emite para su cliente una garantía más de las muchas que emite para ese mismo cliente en su propio país, con la única peculiaridad de que el beneficiario en lugar de ser un organismo de la Administración Pública de su país, será una compañía colega en el extranjero (la compañía *fronting*).

Un riesgo que no hay que minusvalorar, ya que puede poner en serias dificultades a las compañías *fronting* es que quiebre el cliente de la compañía *instructora*, y como consecuencia de ello se ejecute la fianza 1ª, es decir, la emitida por la compañía *fronting*, y que cuando ésta quiera reclamar en base a la fianza 2ª a la compañía *instructora* ésta, a su vez, también esté quebrada, o

que simplemente no pague. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta lo que hemos dicho antes sobre la falta de reaseguro y las razones para ello que tiene la compañía *fronting*, la pérdida deberá asumirla al 100% la propia compañía *fronting*.

Es posible que para evitar situaciones como las mencionadas, la compañía *fronting* pudiera exigir a la *instructora* que su reasegurador líder le hiciera llegar, por cualquier vía fiable, un documento en el que indique que conoce y aprueba la operación de *fronting* que ha sido solicitada por la compañía *instructora* y que dicha operación se encuentra amparada por el contrato de reaseguro en los términos establecidos en el mismo (y que deben especificarse), y que autoriza a la compañía *fronting* a dirigirse directamente, en caso de siniestro, a los reaseguradores del tratado de la compañía *instructora* (esta cláusula se denomina en la terminología reaseguradora “*cut through*”). Es necesario comentar que algunos reaseguradores pueden rechazar la inclusión de este tipo de cláusulas, aunque creemos que en el caso que estamos mencionando son muy aconsejables.

No será fácil conseguir esta autorización y, por ello, algunas compañías piensan con razón que el *fronting* supone un riesgo adicional que no quieren correr ni como compañía *instructora* ni como compañía *fronting*, y por ello declinan realizar este tipo de operaciones, lo que, a su vez, les hace ser menos competitivas porque otras compañías sí lo hacen.

¿Existe alguna forma razonable de realizar operaciones de *fronting* haciendo que sus riesgos no sean peores que los de las fianzas normales?

Es un hecho que el *fronting*, que es un magnífico servicio para los clientes, es hoy una actividad cuestionada por algunas aseguradoras y con un desarrollo algo estancado en muchos países, y no tiene visos de que esta situación pueda cambiar a corto plazo.

La razón fundamental que justifica esta situación (en el sector asegurador, ya que en el sector bancario estas operaciones no se consideran de mayor riesgo sino, al contrario, un riesgo excelente), es la extrema fragilidad en la que se encuentra la compañía *fronting* por su papel en estas operaciones en las que prácticamente no recibe compensación económica (la comisión de *fronting* podemos considerarla como insignificante), a cambio de correr un riesgo que, por las razones que hemos explicado en las páginas anteriores, puede llegar a ser muy serio.

Posiblemente una buena solución, (aunque se advierte al lector que el modelo de formalizar el *fronting* que se va a exponer a continuación es una idea del autor que no se utiliza, al menos por el momento) sería actuar en estas operaciones como lo hace la banca, es decir, permitir que la compañía *fronting* facture una prima y la cobre y la ceda a su cuadro de reaseguro por la garantía

que emite, es decir, por la fianza 1ª, al igual que la compañía *instructora* lo hace por la fianza 2ª.

Con esta propuesta, estas son las ventajas que tendría la compañía *fronting*:

- Recibe de la compañía *instructora* la solicitud para emitir una fianza para uno de sus clientes. Junto a esta solicitud, la compañía *instructora* deberá remitir toda la información que la compañía *fronting* le solicite sobre la operación, sobre el cliente de la *instructora* y sobre la propia *instructora*.
- Suscribe el riesgo de la operación como si fuera un negocio suyo directo, pero sabiendo que la operación lleva la contragarantía de la compañía *instructora*.
- Cobra una prima a tasa privilegiada, es decir, la que cobra a sus mejores clientes en su país o incluso menor (tiene una contragarantía de la compañía *instructora* que mejora de manera extraordinaria la calidad del riesgo).
- Cede el riesgo a su reaseguro habitual, como si de una fianza normal se tratase. Debería informar a su reasegurador sobre esta cesión al tener características que la hacen diferente (el cliente es extranjero, la prima es más reducida, es un *fronting*...) y que al reasegurador le gustaría conocer, y por ello la cesión de estos riesgos debería hacerse a través de un reaseguro facultativo.

Con esta manera de operar, esta sería la situación de la compañía *fronting*:

Antes:

- Casi no cobraba por emitir la fianza (sólo la pequeña comisión de *fronting*).
- En caso de siniestro no tenía reaseguro, sólo la contragarantía de la *instructora*, y eso – ya lo hemos analizado– puede suponer un gran riesgo.

Ahora

- Cobra una prima por la fianza 1ª que emite, a la tasa que se acuerde y cobra de la *instructora* los gastos que puede originar la emisión de la fianza 1ª.
- Tiene la contragarantía de la *instructora*.
- Tiene a su reaseguro y, en caso de no poder ejecutar la garantía de la *instructora* su riesgo quedaría en los mismos límites que el de las fianzas que emite para sus propios clientes en su propio país.

Si está claro que este nuevo sistema de hacer el *fronting* supondría una grandísima mejora para la posición de la compañía *fronting* ¿en qué situación quedaría la *instructora*? ¿hay forma de mejorar su posición en estas operaciones?.

Ya hemos dicho antes que la posición de la compañía *instructora* es más débil que la que tiene cuando emite fianzas ante beneficiarios públicos o privados en

su propio país. Comentábamos que en las operaciones de *fronting* perdía el control de las mismas, ya que la decisión de pagar o no la fianza 1ª que, a su vez, acciona la ejecución de la fianza 2ª, está en manos de la compañía *fronting*.

También decíamos que tanto la *instructora* como su cliente pierden su capacidad de lobby por actuar fuera de su país, y por último, en estas operaciones, paga una comisión, la comisión a la compañía *fronting*, que reduce su margen de beneficio.

Parecería lógico, por las razones mencionadas, que una fianza emitida en una operación de *fronting* tuviera, como hemos dicho, un precio superior al de una operación normal y, si así se acordase entre el cliente y la *instructora*, ésta (que, como hemos dicho antes, incluso bien ha podido llevar a la compañía de seguros a tomar la decisión de no hacer estas operaciones ni como *fronting* ni como *instructora*, dejando así de prestar un excelente servicio a sus clientes, y de facturar por el mismo) tendría en el esquema que estamos desarrollando las siguientes ventajas sobre la forma de operar en *fronting* actualmente:

- Cobra a su cliente una tasa de prima ligeramente superior a la habitual (por ejemplo un 10% más).
- Se ahorra la comisión de *fronting* ya que no se la paga a la compañía *fronting*, por cobrar ésta ya una prima.
- Da un servicio a sus clientes de emisión de fianzas en el extranjero que, de otra forma, no daría.

En resumen, la compañía *instructora*:

Antes

- No ofrecía el servicio del *fronting* ni a sus clientes ni a sus colegas y, por lo tanto, fortalecía a sus competidores y a los bancos.

Ahora

- Ofrece el servicio de *fronting*, muy apreciado por sus clientes.
- Cobra por ello más prima y se ahorra la comisión de *fronting*.
- Se ofrece a actuar como *fronting* para otras compañías, para así acceder a un mercado interesante.

En esta nueva modalidad de realizar el *fronting* surge la duda de si pueden reasegurarse tanto la fianza 1ª que emite la *fronting*, como la fianza 2ª que emite la *instructora*, ya que podría pensarse que estamos ante un solo riesgo (o paga la *fronting* y lo cede a su reaseguro, o paga la *instructora* y lo cede al suyo, pero nunca las dos), y es un principio básico del reaseguro que no puede reasegurarse el mismo riesgo dos veces.

La respuesta a esta duda es muy clara: el riesgo para la compañía *fronting* no es el mismo que el de la compañía *instructora*, es decir, nos encontramos con dos riesgos diferentes y, por ello, está plenamente justificada la facturación de garantía 1ª y de la fianza 2ª y la cesión de ambas al reaseguro.

Aunque como hemos indicado al inicio de este capítulo, probablemente la compañía *instructora* tendrá incluidas en el tratado de reaseguro la cesión de estas operaciones de *fronting* que, por lo tanto, se cederían de manera automática al reasegurador, sería muy conveniente que si la operación de *fronting* se va a instrumentar de la manera que estamos sugiriendo, la *instructora* informara a su reasegurador de la realización de estas operaciones de *fronting* y de su cesión al tratado. Hablamos de informar de la operación y no de solicitar autorización para realizarla.

El riesgo para las compañías *fronting* e *instructora* es el siguiente:

Para la compañía instructora: el incumplimiento del contratista, seguido por la ejecución de la garantía 1ª y por la ejecución de la garantía 2ª.

Para la compañía *fronting*: el incumplimiento del contratista, seguido por la ejecución de la fianza 1ª y por la falta de pago de la garantía 2ª por parte de la compañía instructora.

El riesgo de la compañía *fronting* es de mucha mejor calidad que el riesgo de la compañía instructora, ya que añade a todas las características del riesgo de la compañía instructora la falta de pago de esta última, y por eso la prima que cobra la compañía *fronting* debe ser inferior a la que cobra la instructora.

Es muy importante resaltar que lo que realmente está garantizando el reasegurador de la compañía *fronting* no es la falta de pago de la compañía *instructora*, sino el incumplimiento del contratista, la ejecución de la garantía 1ª y, *ahora sí, pero sólo en este momento y en estas circunstancias*, la falta de pago de la compañía *instructora*. Quiere esto decir que el reasegurador de la compañía *fronting* no debe considerar que está garantizando el riesgo de impago de una institución financiera/aseguradora (que habitualmente es una cobertura que el reasegurador no otorga y que cuando lo hace lo es en condiciones de precio muy superior, por considerar el riesgo financiero como riesgo elevado), ya que bien podría darse el caso de que quebrese la institución financiera/aseguradora, que hace de *instructora*, sin que tuviera ningún efecto económico ni para la compañía *fronting* ni para su reasegurador, porque, como hemos visto, *el riesgo de la compañía *fronting* requiere como condición previa y necesaria* el incumplimiento del contratista y la ejecución de la garantía 1ª, y sólo entonces entraría en juego el riesgo de la institución financiera/aseguradora que actúa como instructora.

Existe también la posibilidad de que se pueda producir un siniestro, tanto para el reasegurador de la compañía *fronting* como para el reasegurador de la compañía instructora. Ese sería el ejemplo: incumple el contratista, se ejecuta

la garantía 1ª, y cuando la compañía *fronting* va a ejecutar la garantía 2ª, la compañía *instructora* ha quebrado; la compañía *fronting* paga la garantía 1ª y la cede a su reasegurador, iniciando en ese momento la reclamación de su crédito contra el administrador judicial de la quiebra de la compañía *instructora*; este administrador intenta recuperar del reasegurador de la compañía *instructora* la parte del crédito cedido; el reasegurador de la compañía *instructora* paga al administrador de la quiebra, pero ese dinero no va a la compañía *fronting*, y a través de ella a sus reaseguradores en la parte que les corresponda, sino que queda dentro del activo con el que se hará frente al pago de la “masa de acreedores”. En un momento posterior, la compañía *fronting*, como uno más de los acreedores, recibirá todo, parte o nada del crédito reclamado.

En este ejemplo, remoto pero posible, el reasegurador de la compañía *fronting* habrá pagado a éste la parte del riesgo cedida, y el reasegurador de la compañía *instructora* habrá pagado al administrador de la quiebra la parte del riesgo cedido por la compañía *instructora* sin que dicho pago pueda garantizarse que vaya finalmente a parar a las manos de la compañía *fronting*, y de sus reaseguradores.

Vemos así que no solamente hay dos riesgos, sino también la posibilidad teórica, pero que también puede ser real, de dos siniestros y que, por tanto, está más que justificado el cobro de la prima por la garantía 1ª y por la garantía 2ª, y la cesión a los reaseguradores de la compañía *fronting* y de la compañía *instructora* de sus respectivos riesgos.

Habría una fórmula para reducir el riesgo de que el dinero pagado por el reaseguro de la compañía *instructora* no fuera a parar a manos de la compañía *fronting* y a través de ésta a sus reaseguradores. La fórmula sería un “cut through” por el que la compañía *instructora* autorizaría y daría instrucciones previas a las operaciones de *fronting* a sus reaseguradores, a hacer el pago derivado de un siniestro (que no sería otro que el del incumplimiento del contratista y de la propia compañía *instructora*) directamente a la compañía *fronting*, con lo que la pérdida final en estas operaciones quedaría circunscrita a la retención neta en el riesgo por parte de la compañía instructora.

Un posible obstáculo para esta modalidad de *fronting* es que los reaseguradores de la compañía *fronting* estimasen que la tasa de prima que ésta cobra es muy baja, pero no hay que olvidar que para la compañía *fronting* existe una contragarantía de la compañía *instructora* que mejora de manera extraordinaria la calidad del riesgo.

La mayor dificultad en este planteamiento es la posible oposición del cliente a pagar ese exceso de prima que le supone, por un lado, pagar a la compañía *fronting* y, por otro, a la compañía *instructora*, pero creo que esta situación está plenamente justificada por el mayor riesgo que tienen las operaciones de *fronting* comparadas con las operaciones en los mercados internos, y por el excelente servicio que estas operaciones le suponen. Por otra parte, no

debemos olvidar que es así, con doble pago, cómo funciona la banca cuando hace su *fronting*.

Podría pensarse que con este esquema que acabamos de explicar, lo que se mejora sustancialmente es la posición de la compañía *fronting* y no tanto la de la *instructora*, sobre todo en lo referente a la situación, ya explicada, en la que se encuentra la *instructora* cuando se ejecuta la fianza 1ª. Decíamos que en estos casos, la *instructora* no podría oponerse a dicha ejecución, ya que esa decisión y facultad solo la tiene la compañía *fronting* y ésta con una garantía de la *instructora* por el 100%, probablemente estaría más inclinada a reclamar su pago a la *instructora* que a plantear litigios con el beneficiario.

La mejor manera de que la compañía *instructora* confíe y sepa que la compañía *fronting* actuará con todo rigor en el caso de reclamaciones indebidas por parte del beneficiario, sería que la compañía *fronting* participara directamente en el riesgo de manera que, ocurrido el siniestro, se viera afectada en su cuenta de resultados.

¿Cómo conseguiríamos este efecto? Reduciendo el porcentaje de la fianza 2ª, es decir, la de la compañía *instructora* a la compañía *fronting*. Por lo general, esta 2ª fianza de la *instructora* a la *fronting* es por el cien por cien del riesgo, y bien podría acordarse que ese porcentaje quedase reducido al 80%, 85% ó 90% (naturalmente este asunto quedaría sujeto a la libre decisión de la *instructora* y de la *fronting* en cada una de las operaciones) con lo que, en caso de siniestro, la compañía *fronting*, si la reclamación fuera indebida, tendría mucho mayor interés por defender la posición de la compañía *instructora* ya que, en definitiva, también ella se vería afectada económicamente en el porcentaje no contragarantizado.

Esto supondría a su vez que la compañía *fronting* incrementase la prima que debe cobrar (tiene una contragarantía de la *instructora* pero ya no es por el 100%, es decir, tiene más riesgo y cobra más por ello) y que la compañía *instructora* la reduzca (no garantiza el 100% del riesgo sino un porcentaje menor, es decir, reduce su riesgo y cobra menos por ello).

Como es lógico, el establecimiento de preacuerdos entre compañías *fronting* e *instructoras* y los reaseguradores de ambas serían primordiales para poder actuar con la máxima agilidad, ya que sin ello el *fronting* no sería posible.

10.3. Documentación de las operaciones de *fronting*

- Modelo de garantía de la compañía *instructora* a la compañía *fronting* acordado por la International Credit Insurance & Surety Association (ICISA) y la Asociación Panamericana de Fianzas (Anexo 26).

- Modelo de contrato (póliza) entre el asegurador y el tomador del seguro que ampara las operaciones de *fronting* para el propio tomador o sus filiales (Anexo 27).



Formulario Modelo para Operaciones de Fronting

Para la Compañía Instructora

Espacios en blanco o descripciones en color negrita: están diseñados para que la Compañía Instructora los complete o inserte las estipulaciones que correspondan y para que estampe su firma.

Para la Compañía Emisora [Compañía Fronting]

En caso de reclamación, la Compañía Emisora [Compañía Fronting] debe formular su demanda en virtud de lo dispuesto en la Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting en un formulario básicamente similar al que se incluye como Anexo, el que deberá estar impreso en su papel membrete.

Espacios en blanco o descripciones: están diseñados para que la Compañía Emisora [Compañía Fronting] los complete o inserte las estipulaciones que correspondan y para que estampe su firma.

GARANTÍA E INDEMNIZACIÓN PARA OPERACIONES DE FRONTING DIRIGIDA A LA COMPAÑÍA EMISORA [COMPAÑÍA FRONTING].

De nuestra consideración:

Los abajo firmantes,(**nombre completo**), la "Compañía Instructora", confirmamos haber solicitado a ustedes,(**nombre completo**), la Compañía Emisora [Compañía Fronting], emitir bajo nuestra completa responsabilidad la Garantía / Fianza cuya descripción detallada se consigna a continuación ("la Fianza").

1. Tipo de Fianza:
2. Importe de la Fianza: (en números y en letras)
3. Afianzado:

4. Beneficiario:
5. Descripción del contrato/obligación:
6. Importe del contrato (si correspondiere)
7. Texto de la Fianza:
8. Fecha de finalización del contrato/Fecha de cumplimiento de las obligaciones ("Fecha de cumplimiento"):
9. Vigencia de la Fianza/Garantía: Desde (día/mes/año)
(se aclara, no obstante, que la presente Hasta (día/mes/año)
Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting permanecerá en vigencia y será exigible hasta que el Beneficiario libere la Fianza y ustedes reciban el pago de las sumas que les fueren adeudadas en virtud de la presente).
10. La Fianza deberá ser entregada a:
11. Honorarios por Fronting:
12. Observaciones especiales:

EN CONTRAPRESTACIÓN POR LA FIRMA DE ESTA FIANZA

Los abajo firmantes (**nombre completo de la compañía....**), nos comprometemos en forma incondicional e irrevocable a garantizarles el pago de cualquier reclamación y obligación en razón de la mencionada Fianza y a indemnizarlos y mantenerlos indemnes contra las mencionadas reclamaciones y obligaciones, tanto antes como después de la Fecha de Cumplimiento.

Quedan ustedes autorizados a liquidar todas las reclamaciones y obligaciones a su exclusiva discreción. Toda decisión que tomen con respecto a cualquier reclamación u obligación en razón de la mencionada Fianza será definitiva y vinculante para nosotros, y si se les exigiera el pago de alguna suma en relación con la misma o si certificasen por escrito haber recibido una reclamación o demanda en virtud de la Fianza, NOS COMPROMETEMOS a pagar o a transferirles fondos de disponibilidad inmediata a su primer requerimiento consignado por escrito en un formulario básicamente similar al que se incluye como Anexo, el que deberá estar impreso en su papel membrete (requerimiento éste que será prueba concluyente de nuestra responsabilidad). Dicho pago o transferencia de fondos se efectuará sin necesidad de más pruebas o condiciones y sin objeciones, y comprenderá la suma total que hayan abonado o certificado que les fue reclamada o demandada, pero sin exceder el importe máximo global de (**en letras**) y (**en números**)..... y, además, los costos, gastos y pérdidas (incluyendo sin restricciones la pérdida de intereses) que hayan sufrido o incurrido en forma directa y debidamente justificada en relación con la Fianza.

Confirmamos que están ustedes facultados para formular una o más demandas en virtud de esta Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting sujeto al límite global de responsabilidad consignado anteriormente.

Se entiende y acuerda que:

- (i) Ninguna tolerancia en materia de tiempo, renuncia, indulgencia, condonación, modificación o variación de la Fianza perjudicará o limitará las responsabilidades que hayamos asumido para con ustedes en virtud de esta Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting.
- (ii) Sin que por ello se limiten o reduzcan nuestras obligaciones para con ustedes conforme a lo señalado anteriormente, se comprometen a informarnos de inmediato y sin demoras tan pronto como se les notifique o reciban una reclamación en virtud de la Fianza, al tiempo que se comprometen a devolver esta Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting a nuestras oficinas en cuanto:
 - (a) hayan sido relevados de su propia responsabilidad en virtud de la Fianza, y
 - (b) todas las sumas adeudadas y pagaderas en virtud de la presente hayan sido saldadas en su totalidad.
- (iii) La presente Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting se regirá por **(las leyes del país en el que se haya constituido la Compañía Emisora [Compañía Fronting]) o (las leyes del país que figura en el domicilio consignado más arriba)** y nos sometemos irrevocablemente a la jurisdicción no exclusiva de los mencionados tribunales.

IMPRIMIR EN EL PAPEL MEMBRETE DE LA COMPAÑÍA EMISORA [COMPAÑÍA FRONTING] (nombre completo, domicilio y referencia de la compañía emisora [compañía fronting])

DEMANDA DE GARANTÍA E INDEMNIZACIÓN PARA OPERACIONES DE FRONTING

Para:**(nombre completo, domicilio y referencia de la compañía instructora)**.....

Ref.: Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting con fecha (.....) (la "Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting") emitida por ustedes a nuestro favor en relación con una fianza / garantía (la "Fianza") por la suma de **(en números)** **(en letras)**, emitida en nombre del **(Afianzado)** a favor del **(Beneficiario)**.....

Nos remitimos a la Fianza y a los fines de la Garantía e Indemnización para Operaciones de Fronting CERTIFICAMOS QUE

- (i) hemos abonado la suma de**(en números)****(en letras)**..... dispuesta en la misma, O
- (ii) hemos recibido una reclamación o demanda en virtud de la Fianza por la suma de **(en números)**.....**(en letras)**..... y adjuntamos una copia de la mencionada reclamación o demanda.

Y / O

- (iii) hemos incurrido o sufrido costos, gastos y/o pérdidas en relación con la Fianza por la suma de ... **(en números)**..... **(en letras)**..... cuyo detalle consignamos a continuación:..... **(inserte la descripción detallada de los costos, gastos y/o pérdidas incurridas o consignadas en un anexo de la demanda)**.

En virtud de lo antedicho, POR LA PRESENTE SOLICITAMOS el pago de la suma de ..**(en números)**..**(en letras)**..... , debiendo dicha suma ser abonada o transferida en fondos de disponibilidad inmediata en **(inserte moneda)** a nuestra cuenta bancaria cuyos datos consignamos a continuación:

Nombre del Banco:

Domicilio del Banco:.....

Nombre de la cuenta bancaria:

Código bancario / Código de clasificación:

Firmado por:

Firmante Autorizado (Compañía Emisora [Compañía Fronting])

Firmado por:

Firmante Autorizado (Compañía Emisora [Compañía Fronting])

Sírvanse hacernos llegar su confirmación de que la Fianza ha sido firmada y enviarnos copia de la misma.

Autorizado en nombre de

Lugar y fecha.....

..... **Firmante Autorizado (Compañía Instructora)**

..... **Firmante Autorizado (Compañía Instructora)**

MODELO DE CONTRATO DE FRONTING

**ENTRE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS, SU CLIENTE COMO FIADOR
Y LA FILIAL DE ÉSTE COMO TOMADOR DEL SEGURO**

En Madrid, a, de de dos mil

REUNIDOS

DE UNA PARTE, DON, nacido el (estado civil), de nacionalidad, con domicilio en, calle, nº, y con N.I.F. (..).

DE OTRA, DON, nacido el (estado civil), de nacionalidad, con domicilio a estos efectos en, calle, nº, y con N.I.F. (..).

Y DE OTRA, DON, nacido el (estado civil), de nacionalidad, con domicilio en, calle, nº, y con N.I.F. (..).

INTERVIENEN

DON, en nombre y representación de, con domicilio social en, calle nº, inscrita en el Registro Mercantil de, al Tomo, Folio, Hoja, Inscripción, y con CIF número (en adelante, “.....” o “el Tomador del Seguro”). Se halla facultado para este acto en virtud de la escritura de elevada a público el día ante el Notario de D. con el número de su Protocolo, inscrita en el Registro Mercantil de, al Tomo, Folio, Hoja, Inscripción

DON en nombre y representación de (nombre del asegurador.....), con domicilio social en, inscrita en el Registro Mercantil de (en lo sucesivo "la Compañía"). Acredita su representación mediante la escritura de poder otorgada a su favor el día ante el Notario de D. bajo el número de su Protocolo e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al Tomo, Folio, Hoja, Inscripción

Y DON, en nombre y representación de, con domicilio social en, calle, inscrita en el Registro Mercantil de al Tomo, Folio, Hoja, Inscripción, y con CIF número (en adelante, "El Fiador"). Se halla facultado para este acto en virtud de

Los señores comparecientes manifiestan que sus facultades no han sido revocadas, suspendidas ni limitadas y, en la representación que ostentan, se reconocen recíprocamente la capacidad legal necesaria para el otorgamiento del presente contrato, a cuyo efecto

EXPONEN

- I. Que viene siendo requerida para la constitución de diversos tipos de garantías de cumplimiento de sus obligaciones legales o/y contractuales contraídas o a contraer ante terceros fuera de España en el desarrollo de su actividad internacional, como contratista en diferentes países del mundo.
- II. Que "la Compañía" podría estar en disposición de asegurar directamente el cumplimiento de obligaciones que tuviera contraídas o pudiera contraer en algunos países, o de solicitar en su defecto la emisión de garantías que requiera o precise a otras compañías aseguradoras autorizadas para operar en el país donde deban ser constituidas y de asegurar o reasegurar en estos casos parcial o íntegramente cada operación si la propia Compañía lo estimase necesario a efectos de su emisión u otorgamiento.
- III. Que, en consecuencia, la Compañía de una parte y el tomador del seguro y el Fiador de otra acuerdan formalizar el presente contrato de solicitud de garantías y de contragarantía con afianzamiento, que se regirá por las siguientes

ESTIPULACIONES

PRIMERA.- Acuerdo básico

1. El presente contrato tiene por objeto:

- a) Regular las relaciones que surjan entre las partes con motivo de las garantías que en lo sucesivo puedan prestarse al amparo de este convenio por orden y cuenta del tomador del seguro ante terceros que radiquen fuera de España y, en particular,
 - b) Asegurar el cumplimiento efectivo por el tomador del seguro y su/s Fiador/es de todas las obligaciones y responsabilidades que contraigan con “la Compañía” en virtud de lo dispuesto en el presente documento por la emisión de las garantías que el tomador le solicite o requiera, con total independencia de que las garantías sean prestadas a su favor directamente por la Compañía o, a solicitud de ésta, por otras entidades aseguradoras autorizadas para operar en el país donde deban ser constituidas. Consiguientemente, las obligaciones que al tomador y al/los Fiador/es impone este contrato y las que deriven del mismo resultarán exigibles por la Compañía independientemente de que ésta actúe como asegurador o reasegurador en las operaciones de garantía que se formalicen y de la participación que, en su caso, pudiera aceptar en el reaseguro de las mismas.
2. El tomador del seguro, en el caso de ser garantizado conjuntamente o de concurrir en Consorcio o asociación con otras personas responde solidariamente frente a la Compañía del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del presente contrato y de todas y cada una de las garantías prestadas al amparo del mismo, salvo pacto expreso en contrario.

Una vez emitida la garantía y mientras ésta se encuentre en vigor o no sea cancelada, el tomador responderá frente a la Compañía en la misma proporción consignada en la solicitud, aunque con posterioridad a su emisión pudiera variar al alza o a la baja el porcentaje de su participación en el Consorcio o asociación

SEGUNDA.- Duración del contrato

- 1.- El plazo de duración del presente contrato es de un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales. No obstante, cualquiera de las partes podrá oponerse a su prórroga mediante comunicación escrita notificada a la otra con al menos dos meses de antelación a la fecha de conclusión de la anualidad en curso.
- 2.- Sin perjuicio del vencimiento o de la posible resolución o extinción del contrato, todas las acciones y derechos establecidos a favor de la Compañía en el presente documento permanecerán en vigor, sin limitación de tiempo, mientras el tomador del seguro no proceda a la cancelación plena de todas y cada una de las garantías prestadas al amparo de este contrato por la Compañía o, a solicitud de ésta, por otras entidades aseguradoras extranjeras. En consecuencia, todas las obligaciones que el

tomador del seguro contraiga con la Compañía en virtud de este acuerdo resultarán exigibles hasta que aquél no acredite fehacientemente a ésta la cancelación de todas las garantías constituidas mediante la devolución de los documentos originales en que se formalizaron o, en su defecto, mediante la entrega de cualquier otro documento firmado por el asegurado que acredite en forma fehaciente y a entera satisfacción de la Compañía la cancelación efectiva de las mismas y la liberación de las responsabilidades indemnizatorias de la entidad aseguradora que las hubiere prestado.

TERCERA.- Formalización de garantías

- 1.- El tomador del seguro deberá solicitar por escrito a la Compañía cada garantía a formalizar y concretar en la solicitud las obligaciones legales o/y contractuales que pretende sean objeto de la garantía con antelación suficiente a su toma de efecto. Si el texto de la garantía viniera impuesto por el posible asegurado o beneficiario, el tomador del seguro vendrá obligado a adjuntar su contenido íntegro con la solicitud.
- 2.- La Compañía no se encuentra obligada a prestar ni a solicitar en su caso a otras entidades aseguradoras extranjeras la prestación de todas las garantías que el tomador del seguro le proponga, por lo que le asiste y se reserva el derecho de estudiar separadamente cada operación y, una vez calificada, admitirla o rechazarla.
- 3.- El tomador del seguro concretará con la Compañía cada garantía a formalizar, en su caso, mediante un documento separado denominado de aplicación que se incorporará al presente contrato como anexo, en el cual se fijarán las condiciones relativas a las primas y demás conceptos aplicables a cada operación, vigentes en cada momento, y al texto de la garantía a prestar.
- 4.- El tomador del seguro deberá constatar en el momento de la recepción de la garantía que las condiciones en que se emite, y en especial su texto o contenido, coinciden con las pactadas, y podrá solicitar a la Compañía la subsanación de las posibles divergencias existentes con anticipación suficiente al vencimiento del plazo de su presentación ante el asegurado o beneficiario para que, si procediera, la entidad aseguradora emisora pueda subsanarlas.

La simple presentación o entrega por el tomador del seguro de la garantía prestada ante el asegurado o beneficiario conllevará la conformidad de aquél respecto de las condiciones establecidas en su texto o contenido y en el documento de aplicación correspondiente.

- 5.- El tomador del seguro está obligado a remitir a la Compañía copia del contrato regulador de la obligación u obligaciones garantizadas inmediatamente después de su formalización y, en todo caso, cuando le sea requerida expresamente por la Compañía.

CUARTA.- Primas

- 1.- Las operaciones de garantía devengarán a partir de la fecha de su formalización y hasta su cancelación efectiva, las primas que se hubiesen pactado en cada caso, en cuyo recibo se incluirán los recargos e impuestos legalmente repercutibles en el tomador del seguro.
- 2.- Las primas se calcularán aplicando sobre la suma asegurada o el importe máximo garantizado -sobre la cuantía de la obligación principal más la de las obligaciones complementarias y subsidiarias que puedan derivarse del incumplimiento de dicha obligación principal- el porcentaje establecido en concepto de tasa de prima en el documento de aplicación correspondiente a la garantía. Si dicho importe estuviera expresado en divisas, la prima se aplicará sobre el contravalor en pesetas que resulte de la cotización oficial en el Mercado de Divisas de Madrid al cambio vendedor el día de su liquidación.
- 3.- El tomador del seguro deberá proceder al pago de las primas devengadas y liquidadas directamente a la Compañía en las condiciones y plazos establecidos en el documento de aplicación correspondiente a cada garantía emitida, salvo que en dicho documento se pacte expresamente que las primas sean abonadas por el tomador del seguro a la entidad aseguradora extranjera que en su caso hubiera prestado la garantía.
- 4.- Todos los gastos que pudieran originarse a causa de la adquisición de divisas y su remesa posterior a la entidad aseguradora extranjera que hubiera prestado la garantía, en su caso, correrán a cargo del tomador del seguro.

QUINTA.- Liberación de garantías. Promesa de prenda

- 1.- El tomador del seguro y sus causahabientes se obligan formalmente a relevar a la Compañía y a las entidades aseguradoras extranjeras de las garantías prestadas por orden y cuenta de aquél, al amparo de este documento, en los siguientes casos:
 - a) Concurrencia de justa causa, legal o contractual, para la resolución del presente contrato.
 - b) Incumplimiento por el tomador del seguro de cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato y, en especial, de las obligaciones relativas al pago de la prima -sea única, primera o siguientes-.
 - c) Requerimiento del asegurado a la entidad aseguradora que hubiera prestado la garantía para el pago de la totalidad o parte de la suma asegurada o garantizada.

- d) Notoria incapacidad técnica o económica del tomador del seguro para el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales aseguradas o garantizadas.
- e) Instancia de declaración de quita y espera, concurso de acreedores, o quiebra, por o contra el tomador del seguro o su/s Fiador/es solidario/s, o si por uno u otro/s se solicitase expediente de suspensión de pagos, o si aquél o éstos cesaren en las actividades propias de su negocio o industria.
- f) Mandamiento de ejecución o decreto de embargo sobre bienes del tomador del seguro o de cualquiera de su/s Fiador/es que representen, al menos, el 25 por 100 de la cuantía de sus patrimonios netos respectivos, individualmente considerados.
- g) Negativa del tomador del seguro o de su/s Fiador/es a aportar a la Compañía sus estados financieros y la información precisa para examinar la evolución de su situación financiera y patrimonial.
- h) Disminución de la cifra de recursos propios del tomador del seguro o de su/s Fiador/es en, al menos, el 25 por 100 de su cuantía.
- i) Disolución y fallecimiento del tomador del seguro o de su/s Fiador/es.

Si cualquiera de las circunstancias expuestas concurre en alguno de los Fiadores, el tomador del seguro podrá evitar la relevación obligatoria de las garantías prestadas al amparo de este contrato ofreciendo un nuevo Fiador de solvencia demostrable que, a satisfacción plena de la Compañía, garantice solidariamente las obligaciones contraídas por el tomador en el presente contrato.

- 2.- Si se produjera cualquiera de los supuestos previstos en el apartado 1 precedente, el tomador del seguro o quien le suceda por cualquier título deberá acreditar fehacientemente a la Compañía la cancelación de las garantías prestadas en el plazo máximo de diez días naturales a contar desde la fecha de recepción del requerimiento de relevación que la Compañía le remita por carta certificada con acuse de recibo o por cualquier otro medio de notificación hábil en Derecho. En defecto de la obligación anterior, el tomador del seguro vendrá obligado en dicho plazo a constituir en favor de la Compañía garantía prendaria sobre efectivo o valores admitidos a negociación en mercados organizados reconocidos oficialmente y/o, en su defecto, otra garantía real, a satisfacción expresa de la Compañía, por un importe igual al de las sumas aseguradas hasta la cancelación plena de las garantías prestadas, momento en el que la Compañía procederá a su vez a la liberación de las contragarantías que se hubieran constituido al amparo de esta estipulación. A estos efectos, si la prenda se constituyese sobre valores cotizados en Bolsa, éstos se valorarán por el 80 por 100 del precio medio de su cotización durante el

trimestre precedente; y si se constituyese sobre títulos de Renta Fija, éstos se computarán por el 90 por 100 de su valor nominal.

- 3.- Si el tomador del seguro o su causahabiente no procediera dentro del plazo expresado a la relevación de las garantías o no constituyese la prenda y/o contragarantías reales suficientes a juicio de la Compañía hasta cubrir las sumas aseguradas, quedarán expeditas para la Compañía cuantas acciones legales le asistan para proceder contra el tomador o quien le suceda por cualquier título y exigirle por vía judicial el cumplimiento efectivo de dicha obligación.

SEXTA.- Pago de la indemnización. Derechos de anticipo y de reembolso

- 1.- La Compañía y las entidades aseguradoras extranjeras que hubieran prestado garantías al amparo de este contrato quedan autorizadas para efectuar el pago de las cantidades que les sean requeridas hasta la suma asegurada en el plazo que fije el asegurado, sin necesidad de la conformidad previa del tomador del seguro ni de su/s Fiador/es y sin detenerse a considerar si el requerimiento de pago es o no justificado o procedente ni si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular, quedando asimismo exentas de la obligación de tener que impugnar u oponerse a la ejecución de las garantías.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la entidad emisora de la garantía se reserva el derecho a plantear las reservas y objeciones que el tomador del seguro le comunique por escrito junto con la documentación en que el tomador fundamente su oposición al pago y a impugnar, en su caso, las resoluciones de ejecución de las garantías.

- 2.- El tomador del seguro, su/s Fiador/es y sus respectivos causahabientes se obligan expresamente a poner inmediatamente a disposición de la Compañía las cantidades que sean requeridas por los asegurados o beneficiarios de las garantías o, en su caso, a reintegrar de inmediato a la Compañía las sumas abonadas a tales asegurados, en el plazo máximo de diez días naturales, bastando para ello el simple requerimiento de la Compañía acompañando copia de la reclamación del asegurado o del escrito de ejecución de la garantía o de los documentos acreditativos del pago o pagos realizados al asegurado.

A estos efectos, la Compañía estará legitimada activamente para efectuar dicho requerimiento y seguir los procedimientos legales que sean oportunos por todos sus trámites hasta conseguir el cumplimiento efectivo de esta obligación, aún cuando el escrito o la resolución de ejecución de la garantía vaya dirigido a la tercera entidad aseguradora que hubiera prestado efectivamente la garantía.

En el caso de que las garantías se hubieren emitido en moneda extranjera, el tomador del seguro o su/s Fiador/es habrán de anticipar o reintegrar a la Compañía el contravalor en pesetas de las cantidades debidas o abonadas al asegurado, al cambio vendedor que rija en el Mercado de Divisas el día en que la entidad aseguradora que hubiere emitido las garantías haya de efectuar o hubiere efectuado el pago a los asegurados o beneficiarios de las mismas.

Todos los gastos que pudieran originarse por la adquisición de las divisas y su remesa posterior al país que corresponda, en su caso, serán de cuenta del tomador del seguro o de su/s Fiador/es.

- 3.- El tomador del seguro y su/s Fiador/es no podrán oponer, para no hacer el anticipo o el reembolso a que se refiere esta estipulación, las objeciones que el tomador pudiere formular o hubiere formulado frente al asegurado.
- 4.- Transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el apartado 2 de esta estipulación sin que el tomador del seguro ni su/s Fiador/es hubieran procedido al anticipo o al reintegro de la cantidad reclamada, ésta devengará a partir de dicha fecha a favor de la Compañía el interés legal del dinero más dos puntos porcentuales, y quedarán expeditas para la Compañía cuantas acciones legales le asistan para proceder contra el tomador del seguro y su/s Fiador/es y exigirles por vía judicial el cumplimiento efectivo de dicha obligación, pudiendo justificarse el saldo líquido debido por el tomador del seguro y su/s Fiador/es con la simple presentación de este documento junto con el requerimiento de pago del asegurado o con la carta o documento acreditativo del pago realizado al asegurado.

El reintegro o reembolso de las cantidades satisfechas por la entidad aseguradora que hubiere prestado las garantías podrá ser exigido especialmente por la Compañía en vía ejecutiva, a cuyo efecto se considerará título ejecutivo el presente contrato.

- 5.- El anticipo o reintegro de la suma reclamada realizado por el tomador del seguro o su/s Fiador/es, bien a la Compañía o a la entidad aseguradora que hubiera prestado la garantía, tendrá iguales efectos liberatorios para el tomador y su/s Fiador/es, cesando en dicho momento toda responsabilidad frente a la otra, siempre que le hubiera hecho saber por medio fehaciente la realización de dicho pago en el momento de efectuarlo.
- 6.- El tomador del seguro, una vez efectuado el anticipo o reembolso requerido por la Compañía, quedará en libertad para reclamar al asegurado, por su propia cuenta, la restitución o devolución de las cantidades que considere indebidamente reclamadas por el asegurado y pagadas por la entidad aseguradora que prestó la garantía.

SÉPTIMA.- Ejecución de la prenda

Si como consecuencia de lo establecido en la Estipulación Quinta, apartado 2, se hubiera constituido la prenda de efectivo y la entidad aseguradora que hubiere prestado la garantía tuviera que efectuar el pago de todo o parte de la suma asegurada, la Compañía queda facultada expresamente para proceder al reembolso de las cantidades satisfechas al asegurado con cargo a las cantidades depositadas en prenda.

Si se hubiera constituido la prenda sobre valores y/u otra garantía real, la Compañía queda facultada asimismo para venderlos o para ejecutarlas en la forma pactada en los contratos de pignoración y/o de garantía correspondientes, a partir de la fecha en que el asegurado requiera el pago total o parcial de la suma asegurada, aplicando el producto al resarcimiento de las cantidades que se hubiesen satisfecho al asegurado.

OCTAVA.- Compensación

Si como consecuencia de las garantías prestadas, la Compañía tuviera que hacer frente al pago de las cantidades garantizadas requeridas por el asegurado, bien en su condición de asegurador o indirectamente como reasegurador de la operación, el tomador del seguro, sin perjuicio de lo pactado en la estipulación anterior, autoriza irrevocablemente a la Compañía para recobrar la cantidad satisfecha al asegurado en concepto de indemnización con cargo a las sumas de dinero que la Compañía pudiera deber al tomador del seguro por cualquier concepto, concediéndole éste a aquélla cuantas facultades sean precisas a los solos efectos de su compensación.

NOVENA.- Gastos e impuestos

Son de cargo del tomador del seguro o de su causahabiente todos los gastos, impuestos y tributos establecidos o que se establezcan en el futuro que se deriven directa o indirectamente de este contrato y de la formalización y depósito de cada una de las garantías que se emitan al amparo del mismo, así como los gastos y costas judiciales y extrajudiciales que la Compañía tuviera que desembolsar para exigir y obtener el cumplimiento de lo pactado, incluso los honorarios de Letrado y de Procurador aunque su intervención no fuere preceptiva.

DECIMA.- Obligaciones de los fiadores

El/los Fidor/es, sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada del tomador del seguro y con independencia de cualquier otra garantía propia o de terceros que aquél hubiera aportado o pudiera aportar en el futuro, garantiza/n solidariamente con el tomador del seguro y también entre sí todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades que por cualquier concepto puedan deducirse para el tomador del seguro como consecuencia de este contrato.

El/los Fiador/es renuncia/n expresamente a los beneficios de orden, excusión y división y a cualquier otro que pudiera/n corresponderle/s, y aceptan desde ahora cualquier retraso en el pago de la deuda que la Compañía pudiera conceder o tolerar, sea cual fuere la forma en que se instrumente, sin que ello produzca el efecto extintivo de la fianza establecido en el artículo 1.851 del Código Civil. Asimismo, se obliga/n a constituir la prenda prevista en la Estipulación Quinta de este contrato (“Liberación de Garantías. Promesa de Prenda”), dentro del plazo de diez días naturales a partir de que fuese/n requerido/s para ello por la Compañía mediante carta certificada con acuse de recibo o por cualquier otro medio de notificación hábil en Derecho.

La Compañía queda autorizada expresamente por el/los Fiador/es para que, una vez vencida la obligación, pueda actuar, en su caso, en la forma indicada en la Estipulación Octava (“Compensación”) respecto a las cantidades que la Compañía pudiera deberle/s por cualquier concepto.

DECIMOPRIMERA.- Notificaciones

Las partes designan a efectos de notificaciones y requerimientos relacionados con el presente contrato los domicilios que, como suyos, figuran en la comparecencia mientras no se comuniquen fehacientemente el cambio de los mismos.

DECIMOSEGUNDA.- Información

El tomador del seguro se compromete a informar a la Compañía de cualquier circunstancia que pueda determinar el vencimiento anticipado de este contrato, así como de cualquier hecho que pueda significar una disminución de su solvencia o de su capacidad para cumplir las obligaciones objeto de garantía.

El tomador del seguro y su/s Fiador/es obligan a remitir a la Compañía durante la vigencia de este contrato las Cuentas Anuales individuales, y en su caso consolidadas, de cada ejercicio, así como cualquier información relativa a su situación económico-financiera que la Compañía razonable-mente le pueda solicitar.

DECIMOTERCERA.- Legislación aplicable

El Tomador del seguro y la Compañía declaran, a los efectos previstos en el artículo de la Ley de Contrato de Seguro, que el presente contrato tiene por objeto la cobertura de los denominados Grandes Riesgos y se rige, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo del Código Civil, por sus propios términos contractuales y, supletoriamente, en todo cuanto no esté regulado expresamente en el mismo, por lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro y demás legislación que resulte de aplicación.

DECIMOCUARTA.- Jurisdicción

Los intervinientes, con renuncia a su fuero propio, se someten expresamente a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales correspondientes al domicilio del tomador del seguro para cuantas cuestiones litigiosas pudieren derivarse de este contrato. Sin perjuicio de lo anterior, si en virtud de cualquiera de las obligaciones objeto de garantía se hubiese pactado la sumisión a Juzgados y Tribunales distinto de los expresados anteriormente, ya sean nacionales o extranjeros, el tomador del seguro, en lo relativo a tales obligaciones, acepta expresamente dicha sumisión jurisdiccional.

En prueba de conformidad, las partes firman el presente contrato en tantos ejemplares de idéntico tenor como intervinientes, en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento, entregándose y recibiendo cada parte copia del presente documento.

El Tomador del Seguro	El/los Fiador/es	La Compañía (poner nombre completo)
-----------------------	------------------	--

P.P.	P.P.	P.P.
------	------	------

Fdo.: D.	Fdo.: D.	Fdo.:D.
---------------	---------------	--------------

CAPÍTULO XI EL REASEGURO

11. EL REASEGURO²¹

11.1. Definición y funciones del Reaseguro

Hay variadas formas de definir lo que es el reaseguro, pero quizá la más simple es la que lo designa como un acuerdo por el que un asegurador transfiere una parte de su riesgo a otro asegurador. El reaseguro es, por tanto, un mecanismo que permite que una aseguradora, denominada reasegurador asuma una parte (excepcionalmente todo) del riesgo tomado por otra aseguradora, denominada cedente.

Con este proceso se limita la responsabilidad asumida originalmente por una aseguradora, sin intervención ni conocimiento de la persona física o jurídica asegurada. La responsabilidad del asegurador frente al asegurado es independiente de estos acuerdos, por lo que la quiebra de un reasegurador no exime al asegurador del cumplimiento de sus obligaciones para con el asegurado.

Sin duda el reaseguro supone un coste para la cedente por lo que cada entidad, en función de sus razones técnicas y financieras, debe adaptar los programas de reaseguro a sus necesidades.

Funciones técnicas:

- *Dispersión del riesgo.* Es una necesidad básica de la industria del seguro. Existen otros instrumentos, pero sólo el reaseguro, sin limitaciones nacionales, permite una difusión técnica y geográfica óptima
- *Ampliación de la capacidad del asegurador directo.* La cantidad y volumen individual de los riesgos que se ofrecen al asegurador directo es tal que no podría mantenerse en el mercado si no dispusiera de la capacidad adicional que otorga el reaseguro.
- *Flexibilidad en la suscripción.* El reaseguro permite equilibrar la cartera del asegurador directo. Mediante la combinación adecuada de los riesgos

²¹ Este capítulo ha sido realizado íntegramente por M^a Teresa Cruz, Subdirectora de Suscripción de Caución y Crédito en MAPFRE RE.

retenidos se puede lograr una mayor homogeneidad en la calidad y en la cantidad.

- *Tratamiento de cúmulos.* El reaseguro otorga protección cuando existe la posibilidad de que un solo siniestro pueda afectar simultáneamente a varios riesgos asegurados.
- *Mejora de las bases técnicas.* Es sabido que la institución del seguro descansa técnicamente en la aplicabilidad de la Ley de los Grandes Números. El reaseguro permite estudiar y establecer el comportamiento de grandes masas de riesgos homogéneos, facilitando el conocimiento de los riesgos y la existencia de tarifas válidas.
- *Equilibrio de resultados.* Con el reaseguro se logran diluir ciertas pérdidas que en el momento de la ocurrencia hubieran hecho desaparecer a la compañía de seguros, a más o menos plazo.

Funciones financieras

- **Reservas.** Con el reaseguro se amortigua el impacto que el crecimiento en primas de los aseguradores directos podría tener sobre la estructura financiera de su compañía, ya que la obligación de constituir reservas técnicas podría amenazar su solvencia en caso de un fuerte crecimiento.

Los reaseguradores permiten a las cedentes la retención de depósitos sobre las primas cedidas y, a veces, sobre las reservas de siniestros pendientes que contribuyen a descargar financieramente a las cedentes y garantizar el mantenimiento de su solvencia en niveles satisfactorios. Las cedentes obtienen, además, rendimientos financieros de tales depósitos.

- **Comisiones.** El reasegurador paga a las cedentes unas comisiones sobre el negocio que le cede reduciendo de esta forma la cuantía de los gastos, tanto internos como externos. Con ello también se contribuye a la estabilidad financiera.
- **Otros.** A veces, la cedente participa en los beneficios de sus reaseguradores, lo que supone una minoración de sus gastos. Además, una condición corriente en los contratos es la contribución inmediata del reasegurador en los pagos de siniestros cuando su importe supera una determinada cantidad, mejorando con ello la gestión de tesorería de la compañía directa.

Funciones de gestión

Además de las consideraciones técnico-financieras anteriores, el reaseguro influye en el desenvolvimiento de las entidades y del mercado:

- Da a las cedentes de pequeña dimensión la posibilidad de competir con las grandes.
- Es un instrumento muy útil cuando se trata de realizar fusiones o transferencias de carteras.
- Permite el intercambio de negocio en general entre aseguradores directos, y la reciprocidad practicada sobre negocios muy homogéneos, que constituyen una buena vía para la diversificación y el aumento equilibrado de las retenciones.

ALTERNATIVAS AL REASEGURO

Aunque existen algunas alternativas, su valor práctico es escaso, pues ninguna aporta la variedad de soluciones y ventajas del reaseguro. Veamos algún ejemplo:

- Asegurar sólo la parte del riesgo que la cedente puede asumir. Con ello, se estaría limitando su propio crecimiento, su índice de gastos sería superior y, además, no daría el servicio adecuado a sus clientes.
- Coasegurar. Es probablemente la mejor alternativa, pero la administración es muy costosa y de difícil control técnico en su conjunto.
- Equilibrar las aceptaciones. La cedente puede preparar un programa de aceptaciones por ramos y sumas aseguradas que técnicamente garantice su estabilidad. Pero en la práctica este plan se ha mostrado inviable.

11.2. Principios del Reaseguro

Como forma de seguro que es, el reaseguro se atiene a los mismos principios que aquél. La forma en que opera es, en términos generales, la siguiente:

1. Interés asegurable.

Ha de existir un interés asegurable, en este caso reasegurable, que comienza en el mismo momento que para la cedente, pues la responsabilidad empieza para ambos en el mismo momento en que se emite la póliza.

2. Máxima buena fe.

En esta actividad, la máxima buena fe es esencial, absoluta y debe ser estrictamente observada. En esta relación, el reasegurador cuando acepta un contrato obligatorio entrega prácticamente a la compañía cedente un cheque en blanco. La confianza que esto supone sólo puede ser

alimentada por la observancia práctica de este principio a lo largo del tiempo por parte de la cedente.

La información es vital para el mantenimiento de esta confianza. La cedente ha de proveer al reasegurador de información completa y fidedigna del negocio cedido.

Si es bajo la forma de reaseguro facultativo, esta información es especialmente valiosa por cuanto el reasegurador decidirá sobre su participación a la vista de esta información. Si es bajo la forma de Tratado, el reasegurador deberá ser informado de la inclusión de riesgos agravados y de cualquier desviación de lo establecido.

En cuanto a la información general sobre los negocios aceptados, es preceptivo que la cedente aporte información fiable sobre la valoración de siniestros, reservas, estadísticas, etc.

3. Indemnización

Los contratos de reaseguro tienen el carácter de contratos de indemnización.

4. Solidaridad de intereses (comunidad de suerte)

Es generalmente aceptado que las suertes de cedente y reasegurador corren parejas. Esto significa que cuando se produce una circunstancia que perjudica o beneficia a uno también debe hacerlo al otro. O en otros términos, que la cedente y reasegurador deben compartir por igual los beneficios y las pérdidas.

Aunque este principio es aplicable a toda clase de reaseguro, en los contratos de exceso de pérdidas se producen situaciones que benefician sólo a una de las partes. Esta circunstancia es sabida por las dos partes contratantes (se estudia en detalle en el capítulo correspondiente).

11.3. Contratos de Reaseguro

Las formas de reasegurar están en permanente evolución. No obstante, existe un criterio general aceptado por todo el mundo, según el cual dividiremos los contratos en Obligatorios y Facultativos. A su vez, estos pueden ser **Proporcionales** y **No Proporcionales**:

El reaseguro obligatorio se canaliza por medio de contratos o tratados (el más común es, en el ramo de Caución, el Cuota Parte) en los que se establecen las condiciones técnicas, económico-financieras y administrativas que regulan la cesión de los riesgos. Normalmente uno, o dos, reaseguradores asumen el

papel de “reasegurador líder” que es quien negocia con la cedente en nombre de todos los reaseguradores.

El reaseguro facultativo no precisa de la existencia de contratos previos, ya que las condiciones se establecen dependiendo de cada proyecto.

Los contratos de reaseguro cubren amplios grupos de pólizas, que pueden ir desde toda la cartera de la compañía a una parte localizada de ella. En la mayor parte de los contratos, una vez establecidas las condiciones, todas las pólizas que caen bajo el acuerdo quedan cubiertas hasta su cancelación.

El facultativo, sin embargo, cubre por lo general riesgos individuales y específicos, y cedente y reasegurador deben negociar las condiciones por cada negocio. Reciben precisamente el nombre de facultativo porque el reasegurador tiene la facultad de aceptar o rehusar el negocio que se le propone y porque la cedente tiene la facultad de decidir con quién reasegura y en qué condiciones.

Como ya hemos indicado, el reaseguro está en permanente evolución, a la búsqueda de formas que se adapten lo mejor posible a las nuevas circunstancias de los mercados: nuevos riesgos, variaciones en las composiciones de las carteras, etc. Por todo ello, los reaseguradores prestan una especial atención al desarrollo de nuevas formas, diseñando condiciones y cláusulas que se ajusten a las necesidades de las aseguradoras directas.

11.4. Tratados proporcionales

Las modalidades de los tratados proporcionales son:

- a. Cuota Parte
- b. Excedente
- c. Facultativo Obligatorio

a. Cuota Parte

Es aquél tratado en el que el reasegurador participa en una porción fija de todos los riesgos asumidos por la cedente. Las participaciones se establecen en base a un tanto por ciento de cada riesgo contratado por la cedente. Tal porcentaje sirve de base para la distribución de primas y siniestros.

Por tanto, la característica esencial de esta modalidad es que ambas partes participan en todos y cada uno de los riesgos de la cartera.

El Cuota Parte es un tipo de tratado especialmente indicado cuando se pretende proteger una cartera contra los aumentos en la frecuencia de siniestralidad puesto que el reasegurador va a asumir una parte de todos y cada uno de los siniestros.

Entre las virtudes más destacadas para la cedente se encuentra la de la simplicidad administrativa. En efecto, se trata de una forma extraordinariamente simple de administrar, puesto que las cuentas giran sobre toda la cartera.

Tiene este sistema, sin embargo, un inconveniente técnico para la cedente, al no optimizar su retención. En otras palabras, la cedente se ve obligada a ceder una parte del riesgo que podría, y quizás desearía, conservar dentro de su retención.

En lo que respecta al reasegurador, el Cuota Parte tiene un atractivo muy especial por cuanto es la modalidad en la que mejor se desarrolla el principio de la comunidad de suerte entre asegurador y reasegurador. El reasegurador, además, participa en los resultados de base de la compañía cedente. También se produce un equilibrio de resultados entre cesión y retención.

b. Excedente

El reaseguro de Excedente se denomina también de cantidad porque la retención de la cedente se establece en forma de una cantidad sobre cada riesgo que se fija por medio de una escala llamada tabla de plenos.

Así, la capacidad del Excedente se fija como un múltiplo y se establece de acuerdo con varios parámetros: las necesidades de la Entidad, el tipo de cartera, la clase de negocio, las expectativas de crecimiento, etc. En resumen: cartera y política de suscripción.

Al fijar la capacidad otorgada a la cedente, el reasegurador debe intentar neutralizar las desviaciones producidas por el desequilibrio de la porción cedida, buscando así la realización del principio de la comunidad de suerte.

c. Facultativo obligatorio

Es un contrato esencialmente de capacidad que refleja directamente la confianza del reasegurador en una Compañía. Es la única razón para la existencia de esta modalidad, ya que no se trata de una forma técnica de reaseguro, pues de antemano se acepta la existencia de un desequilibrio bastante grande y la no retención de la cedente.

Para ella supone una ventaja por cuanto elimina tareas administrativas del facultativo puro y permite una respuesta más rápida a los clientes.

Una desventaja adicional para el reasegurador, desde el punto de vista facultativo, es que pierde precisamente su facultad de analizar los riesgos, aunque con frecuencia la inclusión de riesgos, depende de la aceptación del reasegurador líder. Este acuerdo obliga al resto de los reaseguradores.

SU APLICACIÓN EN EL RAMO DE CAUCION

La primera regla a tener en cuenta es que las cesiones en el ramo de Caución, a cualquier modalidad de contrato proporcional, deben hacerse siempre por año de suscripción. Esto es, cuando se emite una fianza y se cede a un contrato de reaseguro, ésta debe permanecer en el mismo hasta su total extinción.

Los reaseguradores llevarán, por tanto, siempre el mismo porcentaje y su recolocación por causas extraordinarias debe ser aceptada por todos los participantes en el cuadro de reaseguro.

Si un reasegurador decide no renovar su participación en un contrato, permanecerá igualmente obligado por todas las fianzas aún en vigor, suscritas en los años en los que estuvo activo.

Puede suceder que a alguno de los reaseguradores le sobrevengan serias dificultades que obliguen a la cedente a cancelar su participación. En ese caso, la cedente puede optar por retener el porcentaje liberado o buscar un reasegurador que sustituya al primero. Esto puede ser factible cuando se trata del contrato del ejercicio en curso, pero prácticamente imposible cuando se trata de contratos anteriores. No obstante, el reasegurador sigue manteniendo su responsabilidad, aunque la posibilidad de recuperar siniestros de su parte será más difícil cuánto peor sea su situación.

De lo dicho anteriormente se deduce la importancia de contar con reaseguradores sólidos y fiables. Y no sólo desde el punto de vista económico, sino también de permanencia, que acompañen a la cedente en los años buenos y en los malos.

Debido a las características propias del ramo, la modalidad de contrato utilizada por excelencia es el Cuota Parte, ya que permite una buena distribución de los riesgos y, como hemos comentado más arriba, protege mejor la cartera de la cedente ante una eventual frecuencia de siniestros, algo muy importante en un ramo de largo plazo, como es el de caución.

No hay que olvidar que los siniestros raramente llegan en los dos primeros años de suscripción de la fianza, sino que lo hacen más tarde y, a veces, mucho más tarde. Hablamos incluso de períodos superiores a cinco años. Y estos siniestros pueden ser punta, esto es un solo siniestro de gran envergadura, o la suma de muchos siniestros pequeños por el deterioro, por ejemplo, de un determinado sector.

En un contrato de cuota parte con buenos resultados continuados, es habitual que la cedente quiera quedarse con una porción mayor de su negocio, pues de alguna forma siente que está regalando a los reaseguradores una buena parte de su prima. Lo lógico sería incrementar su retención, pero no siempre es posible por problemas de capacidad.

Teniendo en cuenta que en un perfil tradicional del ramo de caución, la mayoría de los riesgos caen en los rangos de menor importe, la solución que encuentran muchas cedentes es la de tener un contrato de Cuota Parte con una capacidad limitada y una retención alta, y un contrato de Excedente con capacidad mucho mayor y retención limitada.

Esta solución, sin embargo, no agrada tanto a los reaseguradores porque el Excedente resulta ser un programa desequilibrado con alto riesgo y baja prima.

Es preferible acomodar las condiciones del contrato Cuota Parte a sus resultados y permitir a la cedente tener una retención variable en función de las capacidades necesitadas.

La retención variable también puede jugar en función del tipo de fianza y así, algunas cedentes retienen un porcentaje en las fianzas más tradicionales y otro diferente – habitualmente mayor – en las consideradas más peligrosas, con objeto de ayudar a su inclusión en el contrato.

No obstante, el Cuota Parte/Excedente es una fórmula útil para compañías que comienzan su actividad y se ven obligadas a retener un porcentaje muy pequeño, mientras que necesitan una capacidad suficiente para poder dar servicio a sus clientes. Se establece un Cuota Parte con un determinado importe y por encima del mismo un Excedente, donde la cedente retiene muy poco e incluso nada. Es usual que en estos casos, los riesgos cedidos al Excedente sean controlados por el reasegurador líder. En principio se trata de contratos de transición, que terminan convirtiéndose en Cuota Parte con el desarrollo de la compañía.

En cuanto al Facultativo Obligatorio, en la práctica se utiliza para incluir en él lo que debería ser negocio facultativo puro, pero da a la cedente la posibilidad de contar con una capacidad automática que obliga al reasegurador que, en general, no es muy favorable a este tipo de contrato porque como hemos dicho anteriormente se trata de un contrato muy desequilibrado, pues las capacidades suelen ser muy elevadas y el alimento de primas muy escaso, ya que se ceden a este contrato los grandes riesgos de la cedente, quien además no suele retener nada.

CONDICIONES TÉCNICAS DE LOS CONTRATOS PROPORCIONALES

1. Tipo de Contrato

Lo primero que debemos reflejar es el tipo de contrato que queremos cubrir: Cuota Parte, Excedente o Facultativo Obligatorio.

2. Vigencia

Como norma general se establece una vigencia anual, aunque, a veces, en compañías recién constituidas, se admite otra duración para hacer coincidir

la fecha de vencimiento con la finalización del año fiscal. En los contratos se establece también una fecha de aviso de cancelación, con frecuencia tres meses antes del vencimiento.

3. *Tipo de negocio*

En este apartado es necesario describir:

- El tipo de negocio cubierto: tipo de fianzas amparadas.
- La procedencia del negocio: suscripción directa, negocios en coaseguro o aceptados en reaseguro
- La duración máxima de los riesgos

4. *Ámbito territorial*

Usualmente en el ramo de caución el ámbito territorial es el propio país origen de la cedente y sus intereses en el extranjero

5. *Capacidad*

La fijación de la capacidad requerida constituye una decisión de enorme importancia, que puede influir en el cuadro reasegurador, en las condiciones económico-financieras y en la carga de trabajo de reaseguro en la compañía.

Un punto importantísimo a tener en cuenta en el ramo de caución es que la capacidad establecida será la máxima por cliente por todas las fianzas en vigor cedidas a ese tipo de contrato, con independencia del año en que se hayan suscrito.

Así, si en el año 2012 se establece una capacidad de EUR 2.000.000 en un contrato de Cuota Parte, un cliente que tenga consumidos 1.500.000 a 31 de diciembre, tan sólo dispondrá de 500.000 el día 1 de enero de 2012, aunque en esa misma fecha haya entrado en vigor el contrato de 2012 con nuevos reaseguradores.

Sin embargo, esto no significa que la cartera en vigor se pase de un año al otro, pues como ya hemos dicho anteriormente, las fianzas deben siempre permanecer ligadas al cuadro de reaseguro del año en que se emitieron.

Para fijar la capacidad, se deberá considerar:

- Composición de la cartera. Es necesario hacer un análisis de la composición de la cartera en términos de exposición, de manera que el contrato ofrezca cobertura a la mayor parte de los riesgos, aunque esto no significa incluir todos y con ello producir un desequilibrio. Cada vez con más frecuencia, las cedentes incluyen en los contratos de Cuota Parte una relación de clientes especiales, a los que se da una capacidad mayor. Esta relación contiene un número limitado y nombrado de riesgos y con ello se

evitan en gran medida las colocaciones facultativas manteniendo el Cuota Parte como único contrato. Esta es, sin duda, una buena solución que facilita el manejo administrativo, da mayor operatividad a la cedente y mantiene todas las bondades de un contrato Cuota Parte.

- *Política de suscripción.* Las características de los riesgos (fianzas) a los que la cedente quiere acceder, las normas de actuación para la aprobación de las líneas de clasificación, y sus planes de expansión – nuevos mercados o nuevas áreas – también influirán directamente en la capacidad que se establezca para un determinado contrato.
- *Nivel de primas.* El nivel de primas que se espera recibir también tiene una relación directa con la capacidad, pues es el elemento que hará más o menos equilibrado el contrato.

6. Retención

La fijación de la retención por parte de la cedente es una decisión muy delicada, pues va a influir directamente en su cuenta de resultados. Es un tema susceptible de ser considerado desde diversos ángulos, pero las variables básicas a considerar son:

- *Patrimonio.* Hay una relación directa entre patrimonio y retención. Cuanto mayor es el patrimonio de una aseguradora, más capacitada estará para hacer frente tanto a desviaciones en la frecuencia como a la ocurrencia de un siniestro importante. Y, por tanto, cuanto mayor el patrimonio, mayor puede ser la retención.

En muchos países la retención máxima viene fijada legalmente por un porcentaje sobre el patrimonio, para proteger a la aseguradora de un exceso de riesgo al que no pudiera hacer frente.

- *Calidad y composición de la cartera.* El estudio de la siniestralidad de la cartera y de sus fluctuaciones debe contribuir a fijar el porcentaje sobre la capacidad que la cedente está dispuesta a arriesgar, sobre la base de que la retención está en función inversa a la siniestralidad. El porcentaje que se retenga será también, según este punto, un indicador de la confianza que la cedente tiene en su propio negocio.
- *Volumen.* La dimensión alcanzada por una aseguradora condiciona su capacidad para retener negocio. La dimensión hace referencia no sólo al número de riesgos, sino también al tamaño de los mismos.
- *Liquidez.* No sólo el patrimonio de la cedente afecta a su retención, también lo hace la capacidad para hacer frente a los desembolsos que exigen el crecimiento o un alto nivel de gastos.

- *Otros.* Hay otros factores que también ejercen su influencia, tales como la actitud más o menos conservadora de la cedente o las costumbres del mercado.

Condiciones económico-financieras de los contratos proporcionales

1. Comisión

Se puede utilizar también el término Compensación de gastos. El objetivo de esta condición es que el reasegurador abone a la cedente una comisión sobre las primas que recibe, como compensación por los gastos de captación del negocio y mantenimiento de la cartera. Para fijarla, influyen factores de mercado y fundamentalmente de calidad del negocio.

Hay dos sistemas de comisión:

- *Comisión Fija.* Cuando se establece un porcentaje sobre el total de las primas cedidas.
- *Escalonada (o variable)* cuando se fija una escala de tantos por ciento en función de la tasa de siniestralidad registrada.. La comisión a escala se complementa con una provisional que permita a la cedente enviar las cuentas en los períodos establecidos, sin tener que esperar los datos definitivos de siniestralidad.

La comisión fija tiene la ventaja de permitir a la compañía cedente presupuestar sus ingresos por este concepto, de una forma bastante aproximada, pero tiene el inconveniente de no premiar la calidad de la cartera.

Es imposible determinar una comisión estándar para el ramo de caución pues, como ya hemos dicho antes, puede haber grandes diferencias entre distintos mercados y, desde luego, los resultados de la cedente son definitivos a la hora de fijar esta condición.

2. Participación en beneficios

Por esta cláusula, la cedente participa de los beneficios obtenidos por el reasegurador y usualmente se aplica cuando existe una comisión fija, ya que sería el elemento que premiaría la calidad de la cartera. No obstante, en la práctica también se ve en contratos con comisión escalonada.

La participación en beneficios puede ser también fija o escalonada dependiendo de la siniestralidad y, lo mismo que en el caso de la comisión, es imposible determinar un porcentaje estándar para el ramo de caución. Aquí el margen puede variar entre el 15% y el 50%.

Lo habitual es que el cálculo se haga con arrastre de pérdidas a extinción. Esto significa que la pérdida que pudiera haber un año se lleva a los resultados del año siguiente, y sucesivos. El reasegurador pagará con cargo a esta cláusula sólo cuando los resultados acumulados del contrato sean positivos.

Dado que, como ya hemos comentado, los siniestros en el ramo de caución no suelen aparecer en los dos primeros años, la primera cuenta de participación en beneficios debe hacerse, como mucho, al segundo año, pero desde luego nunca al primero, ya que los resultados de la primera anualidad no significan nada.

3. Participación en pérdidas

Si la compañía cedente participa de los beneficios del reasegurador, parece lógico que participe también de sus pérdidas. En la práctica, sin embargo esta cláusula no se utiliza en el ramo de caución. Hasta ahora, la penalización por unos malos resultados, se hace con cargo a la comisión, pero hay que tener en cuenta que existe esta otra posibilidad.

4. Cartera

En algunos negocios es usual que a la finalización de un ejercicio, todas las pólizas en vigor se traspasen, en la proporción que corresponda, al nuevo contrato. Es lo que se conoce como Entrada de Cartera de Primas. Esta operación va emparejada con la Retirada de Cartera de Primas, que consiste en la operación inversa, es decir, en el cargo al reasegurador de las primas no vencidas en la fecha del cierre. Con esto se le libera de la obligación de responder por los siniestros producidos por esas pólizas.

Una operación semejante se hace con los siniestros: al inicio del contrato se le abona al reasegurador el importe de la reserva de siniestros pendientes. Esta operación se llama Entrada de Cartera de Siniestros y, por ella, el reasegurador acepta hacerse cargo del pago de los siniestros pendientes en la proporción que le corresponda. Al cierre del ejercicio, al igual que con las primas, se hace una Retirada de Cartera de Siniestros, que libera al reasegurador de las obligaciones de los siniestros pendientes.

En algunos casos, la cláusula de Entrada y Retirada de Cartera de Siniestros especifica que, de existir algún siniestro de gran importancia, éste quedará a cargo de los reaseguradores del año de ocurrencia hasta su liquidación definitiva.

Los contratos del ramo de caución no deben tener entrada ni salida de cartera, ni de primas ni de siniestros, ya que las pólizas en vigor a la finalización del ejercicio, no se pasan al contrato de la nueva vigencia, sino que, como ya hemos comentado, permanecen siempre ligadas al contrato del año de suscripción de las fianzas.

5. *Cuentas y pago de saldos*

En todos los contratos ha de figurar la frecuencia con la que la cedente presentará las cuentas al reasegurador (normalmente se hace de forma trimestral) y se establecerá un período para el pago de los saldos por ambas partes (pago de primas y siniestros).

6. *Siniestros al contado*

Con objeto de ayudar a la cedente a mantener sus presupuestos de tesorería, en los tratados se suele pactar el pago al contado de la participación del reasegurador en los siniestros, por encima de una determinada cantidad, en lugar de pagarlos incluidos en el saldo de las cuentas.

7. *Borderós*

Se trata de un documento en el que se relacionan los riesgos que se ceden, figurando el nombre del riesgo, el número de póliza, el período de la misma y las primas devengadas por ese período.

En la práctica en los tratados del ramo de caución no se establece normalmente el envío de borderós, ya que supone una complejidad administrativa tanto para la cedente como para el reasegurador. Excepcionalmente pueden solicitarse cuando se trata de un Facultativo Obligatorio con clientes nominados, que – como hemos explicado anteriormente – en realidad está sustituyendo a un facultativo puro.

8. *Depósitos e intereses*

El sentido de esta condición, es el de ayudar a la cedente a hacer frente a la cobertura de las provisiones técnicas. Estas provisiones son reservas que la cedente hace por sus riesgos en vigor.

La cedente retiene por este concepto una parte de las primas del reasegurador, que debe devolver al año siguiente a su establecimiento, y así sucesivamente.

Hay varias razones por las que una cedente quiere incluir esta condición en sus contratos:

- Es una forma de garantía en caso de quiebra, insolvencia y simple incumplimiento del reasegurador.
- Mantiene en su poder unos fondos adicionales por los que obtiene unos ingresos financieros.
- Simplemente es una obligación legal de su país.

Como es de suponer, el reasegurador no es favorable a esta condición, ya que también él prefiere retener esos fondos en su poder.

Otras condiciones de los contratos proporcionales

1. Derecho de información

Da al reasegurador la posibilidad de revisar los documentos que la cedente posee relativos al negocio cedido en el contrato.

2. Cambio en la política de suscripción

Esta cláusula previene a la cedente de hacer cambios en su política de suscripción sin informar al reasegurador, al entender que esto puede suponer una agravación de los riesgos.

3. Cancelación en circunstancias especiales

En el caso de que cualquiera de las dos partes (cedente/reasegurador) entrara en dificultades o se viera imposibilitada para cumplir sus obligaciones hacia la otra, el contrato se puede dar por cancelado con efecto inmediato.

4. Confidencialidad

Cada vez con más frecuencia las cedentes están solicitando esta cláusula en los contratos, por la que el reasegurador se obliga a mantener la confidencialidad de toda la información que obtenga en relación con el contrato.

5. Arbitraje

Teniendo en cuenta lo largo y costoso que puede llegar a ser un proceso judicial, en la mayor parte de los contratos se contempla la posibilidad de solucionar las discrepancias entre cedente y reasegurador, de una forma más amistosa por vía de un arbitraje.

6. Jurisdicción

Por si finalmente una disputa acaba en los Tribunales, es necesario establecer el lugar de competencia de los mismos. Usualmente el lugar se corresponde con la ciudad en donde la cedente tiene su sede.

7 Errores y omisiones

Es muy habitual encontrar en los tratados de reaseguro una cláusula con esta denominación, que normalmente dice *“Los errores u omisiones involuntarios cometidos por el reasegurado (la cedente) no liberarán al reasegurador de las responsabilidades contraídas. Tales errores y omisiones deberán ser enmendados de forma inmediata una vez conocidos*

CLÁUSULAS ADICIONALES

1. Exclusiones

Aquí figurarán todos aquellos riesgos expresamente excluidos del contrato. Algunas de las exclusiones más usuales son las siguientes:

- Tratados de reaseguro aceptados por la cedente.
- Pérdidas o daños ocasionados por guerra, invasión, actos de enemigos extranjeros, hostilidades y operaciones bélicas, motín, conmoción civil, sublevación militar, rebelión, insurrección, revolución, poder militar o usurpado o cualquier acto de persona o personas actuando en nombre de o en conexión con alguna organización cuyo objeto sea el derrocamiento o presión de cualquier gobierno de jure o de ipso por medio de terrorismo o cualquier otro medio violento.
- Riesgos nucleares y atómicos.
- Fianzas que garanticen el cumplimiento de contratos por encima de un determinado período (usualmente 5 años).
- Garantías de crédito.
- Garantías Financieras. Existen muchas discusiones acerca de lo que debe entenderse por una garantía financiera, motivo por el que dos de las más importantes Asociaciones de aseguradores y reaseguradores de caución y crédito (ICISA y PASA) han elaborado la siguiente definición:

Se entiende que la expresión Garantía Financiera comprende toda fianza, garantía, indemnización o seguro que cubra obligaciones financieras asociadas a cualquier tipo de préstamo, préstamo personal o línea de crédito o leasing, emitida por una entidad bancaria o de crédito, una institución financiera o un financiador, o emitida o ejecutada a favor de cualquier persona natural o jurídica para el pago o reembolso de dinero prestado o de cualquier transacción o disposición contractual, cuyo principal objeto sea conseguir financiación o garantizar cantidades debidas por dinero prestado.

Además de éstas, cada mercado tiene sus propias exclusiones.

2. Definición del riesgo

Es necesario incluir en los contratos del ramo de caución una cláusula que defina lo que se considera un riesgo, sobre todo teniendo en cuenta que la capacidad del contrato se otorga precisamente “por riesgo”. La cláusula más utilizada, y probablemente la más completa, es la siguiente:

Será considerado un solo riesgo cualquier firma o compañía individual. Sin embargo, cuando algunas firmas o compañías individuales forman un Grupo, dicho Grupo debe ser considerado como un solo riesgo.

Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuanto concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.*
- b. Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.*
- c. Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.*

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ellas dominadas.

En cualquier caso, el Reasegurador aceptará que la Cedente hubiera podido considerar como riesgos separados a aquellas firmas y compañías de las que no dispusiera, a pesar de aplicar criterios rigurosos de suscripción, de la suficiente información acerca de vínculos con otras firmas o compañías para las cuales ya se hubiese asumido riesgo.

Se entiende y se acuerda también que el Reasegurador aceptará su responsabilidad en los riesgos resultantes de agrupación de acuerdo con los criterios anteriormente expresados aunque éstos pudieran superar los límites del Tratado.

Quedarán en todo caso excluidas de aplicación de estos criterios las empresas estatales y las que perteneciendo a la misma gran Corporación demuestren absoluta independencia en su actividad y gestión.

En el caso de fusión por absorción o creación en la que se de una acumulación de la responsabilidad superior a los límites máximos de los compromisos autorizados por el presente acuerdo de reaseguro, la Cedente tendrá en cuenta los riesgos individuales y por separado hasta la fecha en que haya conocido la entrada en vigor de tal fusión por absorción o por creación sobre una base permanente, pero sin exceder un período de tres meses después de que la Cedente pudiera razonablemente haber conocido tal entrada en vigor.

Cuando el Afianzado sea un Consorcio, Joint Venture, Unión Temporal de Empresas o asociaciones afines se deberá imputar a cada uno de los miembros el importe que corresponda a su porcentaje de participación en el mencionado Consorcio, Joint Venture, Unión Temporal o asociaciones afines. En cualquier caso, ningún miembro en su exposición individual podrá superar el límite máximo del contrato automático, incluida la exposición de todos los años contractuales. Por lo anterior, en caso en que alguno de los miembros tenga cúmulos que no permitan esta imputación en valor del porcentaje de su participación, deberá hacerse colocación facultativa proporcional sobre el 100% del riesgo asegurado, independientemente de que otros miembros sí tengan capacidad para aceptar su porcentaje de exposición. Adicionalmente se aclara que el límite del contrato lo es también por Afianzado, por lo que la suma de todas las exposiciones individuales no podrá superar la capacidad del límite del contrato.

Si independientemente de los criterios anteriores existiese alguna duda, la Cedente será el único juez de lo que se constituye un solo riesgo.

Como se deduce de la definición, esta cláusula trata de impedir que se consideren como riesgos diferentes aquellos que están estrechamente relacionados, de tal forma que las dificultades de una de las empresas del grupo arrastre a las otras. La experiencia ha demostrado una y otra vez que el efecto dominó en los grupos es una realidad.

Por otra parte, la definición establece también el modus operandi en caso de fusión de dos o más empresas que pudieran tener su cúmulo individual antes de la fusión e igualmente contempla como proceder en caso de las fianzas otorgadas a Consorcios o UTE's. Es muy importante tener claro como se han de ceder estos riesgos para evitar situaciones problemáticas especialmente en caso de siniestros.

La cedente y el reasegurador quieren controlar en la medida de lo posible la pérdida máxima que pudieran llegar a tener con motivo de la insolvencia de sus clientes, para lo que es necesario considerar la acumulación de una manera adecuada

Aún hay algún mercado que se resiste a incluir esta cláusula en sus contratos, entendiendo como riesgo a cada simple empresa jurídica. Sin embargo, debemos considerar estos casos como excepciones; excepciones que no son del agrado de los reaseguradores.

Se adjunta modelo de condiciones generales y particulares de un contrato Cuota Parte de Caución (Anexo 28).

11.5. Reaseguro facultativo

El reaseguro facultativo es aquella modalidad en la que la cedente es libre de ceder o no un determinado riesgo y el reasegurador es libre de aceptar o no.

Es la modalidad más antigua de reaseguro, ya que los primeros acuerdos de los que se tiene noticia son precisamente facultativos.

Para muchos, es la modalidad más técnica, precisamente por la individualización de las aceptaciones que conlleva, aunque también es la fórmula más cara.

En el apartado 11.3. Formas de Reaseguro, decíamos que el reaseguro facultativo puede ser proporcional o no proporcional. Sin embargo, en el ramo de caución es bastante excepcional encontrarse con un facultativo no proporcional.

Habitualmente se recurre al reaseguro facultativo por dos motivos:

- Para colocar los riesgos que excedan la capacidad de los contratos obligatorios. Por lo general, son contratos desequilibrados al tratarse de los mejores clientes de la cedente – los que tienen la tasa de prima más baja – mientras que las capacidades pueden llegar a ser muy elevadas. Con frecuencia, la cedente no retiene nada en estos negocios, al tener su máxima retención por cliente ya comprometida en el Cuota Parte y/o Excedente.
- Para colocar los riesgos excluidos de los contratos obligatorios. En estos casos, si es conveniente que la cedente retenga una parte del riesgo, pues es la manera de demostrar a los reaseguradores la confianza que tiene en el negocio.

Para aceptar un facultativo, los reaseguradores deben estudiar el riesgo específico que se les está ofreciendo, y este es el gran valor que tiene esta modalidad de reaseguro para ellos: que les permite calibrar la política de suscripción de las cedentes, su nivel técnico, su agresividad, etc.

Aquí no existe la figura del reasegurador líder, por lo que cualquier modificación debe ser aprobada expresamente por todos los reaseguradores participantes.

Habitualmente los reaseguradores participan en los facultativos como un servicio hacia sus cedentes, pero en algún caso se utiliza también como puerta de entrada a los contratos obligatorios en los que se quiere participar. Todo ello sin perder nunca de vista la exigencia técnica necesaria. El aspecto negativo es, sin duda, la carga de trabajo administrativo que conllevan estos contratos.

Tipos de cobertura

En el ramo de caución los facultativos pueden solicitarse:

- Para colocar una operación específica. La cedente solicitará a los reaseguradores cobertura para cada uno de los proyectos que excedan la

capacidad de los contratos obligatorios. El reasegurador sabrá exactamente para qué contrato se emiten las fianzas, el importe, duración, etc.

- Una vez acabado el proyecto y canceladas las fianzas, la capacidad se extinguirá también automáticamente, no pudiéndose utilizar para otros negocios.
- Para obtener capacidad adicional disponible en cualquier momento. Es lo que llamamos una Línea Abierta o un Cupo. En este caso, el reasegurador, después de analizar los datos del cliente, concederá una capacidad bajo unas determinadas condiciones, que podrá ser utilizada cuando la cedente lo necesite. Se desconocen los proyectos a los que se va a aplicar y no hay seguridad de que se utilice en su totalidad.

La gran ventaja de esta fórmula es que la cedente tiene la posibilidad de reaccionar de inmediato ante un cliente cuanto le solicite fianzas que superen la capacidad de los contratos, ya que a veces la rapidez de la respuesta es determinante para hacer o no la operación.

La duración de estas capacidades facultativas es anual, pudiéndose renovar al cabo de este período.

Como es lógico, las cedentes solo deberían solicitar estos facultativos para aquellos clientes que vayan a necesitar esta cobertura adicional, pues los reaseguradores no quieren dar capacidad ociosa que después podrían necesitar para otra cedente.

Colocación de los negocios facultativos

Es necesario dar una información lo más completa posible acerca del cliente y del negocio que se quiere colocar, de forma que permita al reasegurador tener todos los elementos necesarios para el estudio del negocio. Ello evitará, además, la pérdida de tiempo que supone tener que estar solicitando información adicional imprescindible.

Una oferta facultativa debería llevar siempre la siguiente información:

1. Datos del cliente

- Nombre exacto de la empresa para la que se solicita la capacidad
- Fecha de constitución
- Actividad
- Accionistas
- Balances y cuentas de pérdidas y ganancias auditados de los últimos tres años.

2. Datos de la operación

- Tipo de cobertura. Aquí habrá que especificar si se solicita una línea o cupo o, por el contrario, una cobertura para un proyecto concreto, en cuyo caso hay que explicar detalladamente de qué se trata.
- Tipo de fianzas (de cumplimiento, pago anticipado, etc.)
- Importe. Si se trata de un cupo, se reflejará la capacidad solicitada, adicional a los contratos obligatorios que pudiera tenerse. Si se trata de una operación específica, hay que detallar el importe de cada una de las fianzas, explicando qué porcentaje se lleva a los contratos y qué porcentaje irá cedido facultativamente.
- Efecto y duración prevista de los contratos cuyo cumplimiento se va a garantizar con las fianzas.
- Beneficiario
- Contragarantías. En caso de existir contragarantías de terceros, es necesario adjuntar sus datos económicos actualizados.
- Retención de la cedente. Es necesario saber la retención de la cedente en el cliente y en el facultativo concreto que está ofreciendo.

3. Condiciones económicas y administrativas

- Tasa de prima
- Comisión de reaseguro. El porcentaje de comisión dependerá de las características del mercado y de la tasa de prima aplicada, pero igual que en los contratos obligatorios la banda de oscilación es más amplia, en los facultativos se mueve siempre muy cerca del 25%. Y siempre es fija.
- Borderós. Las cesiones facultativas se acompañan siempre de borderós en los que se debe especificar: nombre del riesgo; número de fianza; año de suscripción; período cedido; importe; firma y comisión. La cedente fijará el período de envío de los borderós. Usualmente es trimestral.
- Cuentas. Además de los borderós, la cedente enviará en el período que se fije – también en este caso suele ser trimestralmente – detalle de las cuentas.
- Siniestros al contado. Por lo general, en los facultativos cualquier importe de siniestro se solicita al contado.

Como se ve, los aspectos económicos de los contratos facultativos son bastante simples, pues en realidad tan solo constan de primas-comisiones-siniestros.

4. Comentarios de la cedente

Es importante que junto con toda la información detallada anteriormente, la cedente envíe unas líneas con comentarios adicionales que, a veces, son decisivos para la participación de los reaseguradores.

Entre esta información debería figurar la experiencia que la cedente tiene con el cliente y algún comentario acerca de su posición en el mercado y su situación financiera. Esto último es especialmente importante cuando los datos económicos no son buenos o han sufrido algún deterioro que necesita ser explicado.

(Se adjunta modelo de oferta y nota de cobertura, como Anexo nº 29).

11.6. Tratados no proporcionales

El reaseguro no proporcional es un acuerdo por el que el reasegurador se obliga a compensar a la cedente el importe de los siniestros en exceso de una cantidad (o tanto por ciento) estipulada, que corre a cargo de la cedente. Por tanto, la responsabilidad no guarda relación o proporción con las primas, sino que obedece a los acuerdos pactados entre cedente y reasegurador sobre su participación en el importe de los siniestros.

El reaseguro no proporcional se diferencia del proporcional en que la base del reparto de responsabilidades entre cedente y reasegurador se establece sobre siniestros y no sobre suma asegurada, de tal manera que el reasegurador se compromete a indemnizar a la cedente cuando el importe de un siniestro supone una cantidad fijada previamente (Prioridad) y hasta un límite máximo (Límite de Cobertura). A cambio, el reasegurador percibe una prima en forma de porcentaje sobre las primas de la cartera protegida.

Ventajas del Reaseguro no proporcional

a) Para la compañía cedente

- Estabilización de los resultados y protección frente a los siniestros graves que pudieran afectar a su capacidad financiera.
- Retención por la compañía de una proporción más elevada de las primas suscritas.
- Menores gastos administrativos.

b) Para el reasegurador

- Las primas de reaseguro son establecidas por el reasegurador en función de la cobertura ofertada y calidad de negocio.
- El cobro de las primas son establecidas anticipada-mente, lo que genera un flujo de caja importante para el reasegurador.
- Las pérdidas por cobertura pueden estar limitadas a un importe máximo anual.

SU APLICACIÓN

Con excepción del mercado norteamericano, no es habitual que en el ramo de caución se utilice el reaseguro no proporcional como única protección de reaseguro.

Las características del ramo aconsejan un contrato proporcional. Sin embargo, el no proporcional es ampliamente utilizado para proteger la retención de las cedentes.

Esto les permite:

- Incrementar su retención, lo que implica un mayor aumento de primas retenidas.
- Lograr un mayor equilibrio responsabilidad/primas.
- Incrementar la capacidad.
- Estabilizar los resultados frente a siniestros importantes.

CONDICIONES TÉCNICAS

1. Prioridad o Deducible

Es la parte del siniestro que la cedente asume. Su cuantificación está en función de los mismos elementos que la retención en un contrato proporcional, es decir, la cedente para fijarlo tendrá en cuenta su patrimonio, volumen de primas, política de suscripción, etc.

El importe de esta prioridad deberá guardar un cierto equilibrio con el importe total que se pretenda cubrir, y aunque no hay una norma fija, no debería ser inferior al 10 ó 15% de la cobertura. Naturalmente, el hecho de que el contrato cuente con límites especiales para algunos clientes hará bajar este porcentaje.

2. Capacidad o Límites

Es la parte del riesgo a cargo del reasegurador. Así en un XL de 20 millones en exceso de 5, la cobertura a cargo del reasegurador es de 20 millones.

3. Estructura

Los contratos no proporcionales suelen tener una estructura formada por tramos, también llamados capas (layer en la terminología inglesa). Un ejemplo:

- 1er. Tramo: 2.000.000 en exceso de 500.000 (2.000.000xs 500.000)
- 2º. Tramo: 2.500.000 en exceso de 2.500.000 (2.500.000xs 2.500.000)

Esta estructura viene determinada por el límite que se quiera cubrir y, sobre todo, por el perfil de la cartera.

Los tramos bajos son los más expuestos y, por tanto, los que tienen mayores posibilidades de siniestralidad.

4. Reinstalaciones

Es la reposición automática de la cobertura consumida. Mientras que en el contrato proporcional el reasegurador cubrirá su porcentaje tantas veces como riesgos se vean afectados, en el no proporcional se ha de establecer el número de veces que la cobertura puede verse afectada al 100%. Es a lo que llamamos reinstalaciones

Las reinstalaciones suponen un coste adicional para la cedente cuando es necesario reponer la cobertura.

5. Tasas

La tasa es el precio de la cobertura en términos relativos, puesto que se expresa en forma de un tanto por ciento sobre las primas protegidas.

Hay varios métodos para el cálculo de la tasa, basados en la experiencia de la siniestralidad en la exposición real del reasegurador y en el período de recurrencia de los siniestros.

CONDICIONES ECONÓMICO-FINANCIERAS

1. Prima mínima

Es la expresión, en valor absoluto, del precio mínimo que la cedente pagará por la cobertura proporcionada por el reasegurador.

2. Prima de depósito

Es la cantidad fijada como pago o transferencia de fondos que la cedente hace al reasegurador como adelanto del precio establecido en el contrato. Se suele pagar en un plazo o en varios. Supone generalmente e 80% de la prima definitiva estimada.

3. Prima mínima y de depósito

Es la confluencia en uno solo de los dos conceptos anteriores, y el utilizado habitualmente.

OTRAS CONDICIONES Y CLÁUSULAS ADICIONALES

Además de las ya mencionadas en los contratos proporcionales, es conveniente añadir la cláusula de “Última Pérdida Neta” (Anexo 30. Anexo C) definiendo lo que significa, y la de “Líneas Netas Retenidas” (Anexo 30. Anexo D) por la que se delimita la responsabilidad del reasegurador.

(Se adjunta modelo de condiciones generales y particulares de un contrato en Exceso de Pérdida de Caución como Anexo nº 30).

**MODELO DE CONDICIONES GENERALES CONTRATO DE REASEGURO
CUOTA PARTE RAMO DE CAUCIÓN**

Entre con domicilio en, denominada en adelante EL REASEGURADO, de una parte y, con domicilio en, ,, que en lo sucesivo se denominará EL REASEGURADOR, de otra, se ha convenido el presente Contrato de Reaseguro en base a las CONDICIONES GENERALES siguientes y a las CONDICIONES PARTICULARES que figuran como anexo y que forman parte integrante del Contrato.

Artículo I - Objeto del contrato

- A) EL REASEGURADO se compromete a ceder y EL REASEGURADOR se obliga a aceptar y garantizar, con sujeción a las estipulaciones de este Contrato, la participación que se indica en las CONDICIONES PARTICULARES sobre todos los negocios suscritos por EL REASEGURADO y que igualmente se definen en las CONDICIONES PARTICULARES.
- B) EL REASEGURADO queda facultado para ceder por otra vía diferente al presente Contrato, la totalidad o parte de aquellos negocios suscritos que por su índole o características especiales estime conveniente eliminar de éste, en interés del REASEGURADOR y de sí mismo.

Artículo II - Condiciones del reaseguro

- A) La responsabilidad del REASEGURADOR con respecto a las operaciones objeto del presente Contrato, comienza y expira simultáneamente con las del REASEGURADO.
- B) El derecho del REASEGURADO para la gestión de sus propios negocios no queda restringido por este contrato.
- C) Los errores y omisiones involuntarios cometidos por EL REASEGURADO, no liberarán al REASEGURADOR de las responsabilidades contraídas. Tales errores y omisiones deberán ser enmendados de forma inmediata una vez conocidos.

Artículo III - Ámbito territorial del contrato

El presente Contrato se aplicará a los negocios suscritos por EL REASEGURADO en el territorio o territorios que se indican en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo IV - Modalidad de reaseguro, límites de responsabilidad del contrato y retención del reasegurador

- A) La cesión se efectuará de acuerdo a lo indicado en las CONDICIONES PARTICULARES.
- B) La responsabilidad máxima del Contrato y la retención del REASEGURADO en los negocios objeto del mismo, figura igualmente indicada en las CONDICIONES PARTICULARES. EL REASEGURADO podrá, si lo estima oportuno, proteger su retención mediante una cobertura del Exceso de Pérdida adecuada a sus necesidades.
- C) Definición de riesgo según las CONDICIONES PARTICULARES, Anexo No. 2.

Artículo V - Compensación de gastos

- A) EL REASEGURADO cargará al REASEGURADOR en sus cuentas las deducciones que se indican en las CONDICIONES PARTICULARES.
- B) EL REASEGURADOR abonará al REASEGURADO, por los negocios que sean objeto de este contrato, el porcentaje de comisión sobre las primas netas de anulaciones que figuran en las CONDICIONES PARTICULARES.
- C) Igualmente el REASEGURADOR abonará al REASEGURADO el porcentaje indicado en las CONDICIONES PARTICULARES calculado sobre el eventual saldo positivo que resulte de la cuenta de Pérdidas y Ganancias que EL REASEGURADO establecerá al 31 de Diciembre de cada año de conformidad con el resumen de operaciones que se indican a continuación:

INGRESOS

- a) Primas netas de anulaciones cedidas en el ejercicio.
- b) Reserva de primas del ejercicio precedente y/o entrada de cartera de primas según se indica en las CONDICIONES PARTICULARES.
- c) Reserva para siniestros pendientes de liquidación al final del ejercicio precedente y/o entrada de cartera de siniestros según se indica en las CONDICIONES PARTICULARES

GASTOS

- a) Gastos reintegrados por EL REASEGURADOR.
- b) Reserva de primas al cierre del ejercicio respectivo y/o retirada de cartera de primas según se indica en las CONDICIONES PARTICULARES.
- c) Siniestros pagados en el ejercicio.
- d) Reserva para siniestros pendientes de liquidación al cierre del ejercicio y/o retirada de cartera de siniestros según se indica en las CONDICIONES PARTICULARES.
- e) El porcentaje indicado en las CONDICIONES PARTICULARES sobre las primas cedidas en el ejercicio, netas de anulaciones y devoluciones, en concepto de gastos de administración del REASEGURADOR.
- f) El eventual saldo negativo del ejercicio anterior arrastrado según se determina en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo VI – Cuentas

- A) Las operaciones derivadas del presente contrato se llevarán a una cuenta corriente cerrada al final de cada periodo indicado en las CONDICIONES PARTICULARES.

La moneda en que las cuentas serán emitidas figura igualmente en las CONDICIONES PARTICULARES.

- B) EL REASEGURADO establecerá y enviará el estado de dicha cuenta dentro de los tres meses siguientes al cierre de cada período. EL REASEGURADOR manifestará su conformidad o reparos dentro de los treinta días siguientes a la fecha de recibo del estado de cuenta; transcurrido dicho plazo sin sus noticias, se considerará aprobada la cuenta, a reserva de poder rectificar en el estado próximo todo error advertido posteriormente.
- C) Los saldos resultantes serán pagados por la parte deudora dentro del período indicado en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo VII - Depósitos e intereses

- A) EL REASEGURADOR depositará en poder del REASEGURADO, con la misma periodicidad en que las cuentas sean establecidas los porcentajes que se indican en las CONDICIONES PARTICULARES por los conceptos que igualmente se hacen constar. Los citados depósitos serán devueltos al REASEGURADOR en el mismo período del año siguiente al de su constitución.

- B) Por los depósitos mencionados en el apartado anterior, EL REASEGURADO abonará al REASEGURADOR la tasa de interés que figura en las CONDICIONES PARTICULARES. Los intereses estarán gravados con cualquier impuesto o tasa fiscal original.
- C) EL REASEGURADOR no podrá en ningún caso invocar la existencia de este depósito como cobertura de sus eventuales saldos deudores, así como para suplir cualquiera de las obligaciones que le correspondan por este Contrato.
- D) En caso de rescisión del Contrato, los depósitos serán devueltos a medida que vayan desapareciendo las responsabilidades del REASEGURADOR.

Artículo VIII - Traspasos de cartera

La entrada y/o retirada de cartera, tanto de primas como de siniestros que EL REASEGURADO efectuará anualmente, se realizará en base a la fórmula indicada en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo IX – Siniestros

- A) EL REASEGURADOR contribuirá proporcionalmente a su participación en las indemnizaciones y/o gastos inherentes a los riesgos siniestrados en que tenga que hacer frente EL REASEGURADO y recíprocamente participará de igual forma en los reembolsos que se produzcan.
- B) EL REASEGURADO podrá exigir del REASEGURADOR el pago al contado de su parte en todo siniestro que alcance o supere el importe señalado en las CONDICIONES PARTICULARES. EL REASEGURADOR deberá remitir su parte en el plazo más breve posible.

EL REASEGURADO, a solicitud del REASEGURADOR, facilitará a éste una copia de los recibos de liquidación de siniestros al contado.

- C) Al cierre de cada año, EL REASEGURADO remitirá al REASEGURADOR un resumen de los siniestros conocidos pendientes de liquidación al 31 de Diciembre del año de que se trate, que constituirá la valoración de la reserva por este concepto.

Artículo X - Derecho de información

- A) EL REASEGURADOR tiene el derecho de hacer revisar por uno de sus funcionarios autorizados al efecto y en cualquier momento, los documentos del REASEGURADO referentes a los negocios objeto del presente contrato, quedando establecido que si estuviese pendiente un arbitraje o un

procedimiento legal entre ambas partes, tal derecho tan sólo podrá ser ejercido por la mediación de un representante que no sea empleado del REASEGURADOR.

EL REASEGURADOR deberá comunicar al REASEGURADO su propósito de ejercer el derecho de información con anticipación, por lo menos de 48 horas.

- B) El derecho de información del REASEGURADOR subsistirá mientras una de las partes tenga pendiente contra la otra una demanda originada en los negocios que son objeto del presente contrato, aún después de haberse terminado, rescindido o invalidado el mismo.
- C) A requerimiento del REASEGURADOR, quien pagará los gastos que se originen, EL REASEGURADO proporcionará copias de los documentos referentes a los negocios cedidos en virtud de este contrato.
- D) EL REASEGURADOR se obliga a considerar el presente contrato así como todas las operaciones referentes al mismo, con carácter estrictamente confidencial, comprometiéndose a no hacer uso ni durante su vigencia ni después de ésta, de las informaciones obtenidas por el mismo.
- E) Ambas partes quedan obligadas a remitirse mutuamente, todos los años, la Memoria, Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias de sus respectivos ejercicios sociales.

Artículo XI - Duracion del contrato

- A) El presente Contrato tomará efecto en la fecha indicada en las CONDICIONES PARTICULARES y su duración será ilimitada, pudiendo rescindirse anualmente por cualquiera de las partes, siempre que una de ellas avise a la otra de su intención por carta certificada como mínimo con el plazo que se indica igualmente en las CONDICIONES PARTICULARES.
- B) En caso de rescisión, llevada a término por cualquiera de las partes, El REASEGURADOR seguirá siendo responsable de su participación en todos los negocios cedidos bajo el presente Contrato, de acuerdo al sistema indicado en las CONDICIONES PARTICULARES.
- C) El REASEGURADO tiene derecho de rescindir el presente Contrato fuera del plazo antes citado, en caso de que le fuesen anulados los negocios aceptados por él mismo.

Artículo XII – Política de suscripción

El REASEGURADO no podrá introducir ningún cambio en este Contrato ni en su política de suscripción relativa a la cesión de negocio a la que se aplica este acuerdo, sin la aprobación de los REASEGURADORES.

Artículo XIII - Cancelación en circunstancias especiales

A) Las partes contratantes tienen el derecho a dar por cancelado el contrato con efecto inmediato:

- 1.- Si el cumplimiento del mismo resultase imposible, legalmente o de hecho, por motivos no atribuibles a una de las partes contratantes.
- 2.- Si la otra parte llegase a ser insolvente, iniciara procedimiento de quiebra o liquidación, o si le fuese retirada la autorización para negociar.
- 3.- Si la otra parte perdiese todo o parte de su capital desembolsado.
- 4.- Si la otra parte se fusionase o modificase considerablemente su situación de propiedad o de dominio.
- 5.- Si la otra parte no cumpliera con sus compromisos.
- 6.- Si el país en el que la otra parte tiene su domicilio o sede principal entrase en guerra, declarada o no, o bien fuese parcial o totalmente ocupado por otra potencia.

B) El aviso de rescisión será dado por escrito (mediante carta certificada, telex o telegrama) y dirigido a la sede principal de la parte destinataria o, respectivamente, a cualquier otra dirección que hubiese sido designada a tal fin.

C) En caso de que las comunicaciones estuviesen interrumpidas, el aviso de rescisión surtirá efecto tan pronto como sea remitido o se haya tratado de hacerlo.

Artículo XIV – Confidencialidad

El REASEGURADOR se obliga a considerar el presente Contrato, así como todas las operaciones referentes al mismo, con carácter estrictamente confidencial, comprometiéndose a no hacer uso ni durante su vigencia ni después de ésta, de las informaciones obtenidas por el mismo.

Artículo XV – Arbitraje

A) Ambas partes declaran su intención formal de resolver amigablemente cualquier discrepancia que surja con respecto a la validez o interpretación del presente Contrato.

B) Las controversias que puedan surgir entre las partes, serán resueltas definitivamente por un Tribunal que tendrá su sede en y estará

constituido por tres Árbitros expertos en Seguros y/o Reaseguros de reconocido prestigio.

- C) Cada parte nombrará su árbitro y estos de común acuerdo designarán a un tercero.
- D) Si en el plazo de un mes una de las partes no nombrase a su árbitro o si los dos árbitros no llegasen a un acuerdo para la designación del tercero, la otra parte podrá acudir a los Tribunales de Justicia instando la formalización judicial del compromiso.
- E) Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa en equidad, según su saber y entender. El laudo de los árbitros, debidamente motivado, deberá emitirse por escrito en el menor plazo posible y, en todo caso, dentro de los seis meses siguientes a contar desde la fecha en que se constituyó el Tribunal Arbitral. Los árbitros deberán resolver sobre el reparto de los gastos que origine el Arbitraje.
- F) El laudo Arbitral será definitivo, no pudiendo interponerse ulterior recurso judicial. Ambas partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte.

Artículo XVI – Jurisdicción

En cuanto no sea competencia de los árbitros, las partes se someten expresamente a la Jurisdicción y competencia de los Tribunales de, con expresa renuncia de cualquier otro fuero, si lo tuvieren.

El presente Contrato se emite por duplicado y es firmado por ambas partes.

En Madrid a,

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

ANEXO A
AL CONTRATO DE REASEGURO SUSCRITO ENTRE Y
CONDICIONES PARTICULARES TRATADO DE CUOTA PARTE DEL RAMO
DE CAUCIÓN

Artículo I - Objeto del contrato

- Participación del Reasegurador: % sobre la parte cedida.
- Descripción del negocio objeto de la Cesión:
- Pólizas suscritas por el Reasegurado en el Ramo de Caución.

Artículo II - Ámbito territorial

- Ámbito Territorial

Artículo III - Modalidad de Reaseguro

- Modalidad de Cesión: Cuota Parte
- Límites de Responsabilidad de los Tratados: por riesgo
- Retención del Reasegurado

Artículo IV - Compensación de gastos

- Deducciones o cargas: Comisión :
- Participación en Beneficios: %
El cálculo de Participación en Beneficios se hará al 31.12 del tercer año posterior al ejercicio.
 - Reserva de Primas :%
 - Reservas de Siniestros : %
 - Gastos de Administración :%
 - Arrastre de Pérdidas: a extinción

Artículo V - Cuentas

- Cuentas : Trimestrales.
- Moneda :
- Pago de saldos :

Artículo VI - Depósitos e intereses

- Depósitos sobre :
 - Primas:%
- Intereses sobre depósitos :
 - Primas:%

Artículo VII - Traspasos de cartera

- Entrada y/o retirada de cartera :
 - Primas: no hay
 - Siniestros: no hay

Artículo VIII - Siniestros

Comunicación y/o Siniestros al Contado: A partir de para el 100% tratado.

Artículo IX - Duración del contrato

- Efecto del contrato :
- Aviso de cancelación : tres meses a 31 de diciembre.
- En caso de rescisión: el Reasegurador continuará siendo responsable hasta la expiración natural de los riesgos.

Hecho y firmado, por duplicado, en

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

ANEXO B
AL CONTRATO DE REASEGURO SUSCRITO ENTREY
CONDICIONES PARTICULARES

TRATADO DE CUOTA PARTE DEL RAMO DE CAUCIÓN

A) Exclusiones

- I. Tratados de Reaseguro
- II. Reaseguro Facultativo
- III. Cualquier pérdida o daño ocasionado por o como consecuencia directa o indirecta de cualquiera de las ocurrencias siguientes:
 - a) guerra, invasión, actos de enemigos extranjeros, hostilidades u operaciones bélicas (con o sin declaración de guerra), guerra civil;
 - b) motín, conmoción civil revelando el carácter de levantamiento popular, sublevación militar, rebelión, insurrección, revolución, poder militar o usurpado o cualquier acto de persona o personas actuando en nombre de o en conexión con alguna organización cuyo objeto sea el derrocamiento o presión de cualquier gobierno de jure o de facto por medio de terrorismo o cualquier otro medio violento.
- IV. Pools y Riesgos Nucleares y/o Atómicos de cualquier índole
- V. Fianzas que garanticen el cumplimiento de contratos de más de cinco años de duración
- VI. Fianzas judiciales de carácter penal
- VII. Fianzas en garantía de devolución de préstamos. (Garantías Financieras)
- VIII. Fianzas en garantía de letras de cambio
- IX. Fianzas en garantía de emisión de títulos de renta fija
- X. Fianzas en garantía de otras obligaciones de pago sin base contractual y/o legal
- XI. Y en general cualquier tipo de garantía financiera, según la definición de ésta denominación acordada por PASA e ICISA.

B) Cláusula de definición de riesgo

Será considerado un sólo riesgo cualquier firma o compañía individual. Sin embargo, cuando algunas firmas o compañías individuales forman un Grupo, dicho Grupo debe ser considerado como un sólo riesgo.

Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.
2. Entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última
3. Menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas.

En cualquier caso, EL REASEGURADOR aceptará que EL REASEGURADO hubiera podido considerar como riesgos separados a aquellas firmas y compañías de las que no dispusiera, a pesar de aplicar criterios rigurosos de suscripción, de la suficiente información acerca de vínculos con otras firmas o compañías para las cuales ya se hubiese asumido riesgo.

Se entiende y acuerda también que EL REASEGURADOR aceptará su responsabilidad en los riesgos resultantes de agrupación de acuerdo con los criterios anteriormente expresados aunque éstos pudieran superar los límites del Tratado.

Quedarán en todo caso excluidas de aplicación de estos criterios las empresas estatales y las que perteneciendo a la misma gran Corporación Bancaria demuestren absoluta independencia en su actividad y gestión.

En el caso de fusión por absorción o creación en la que se de una acumulación de la responsabilidad superior a los límites máximos de los compromisos autorizados por el presente acuerdo de reaseguro, la Cedente tendrá en cuenta los riesgos individuales y por separado hasta la fecha en que haya conocido la entrada en vigor de tal fusión por absorción o por creación sobre una base permanente, pero sin exceder un período de tres meses después de que la Cedente pudiera razonablemente haber conocido tal entrada en vigor.

Cuando el Afianzado sea un Consorcio, Joint Venture, Unión Temporal de Empresas o asociaciones afines se deberá imputar a cada uno de los miembros el importe que corresponda a su porcentaje de participación en el mencionado Consorcio, Joint Venture, Unión Temporal o asociaciones afines. En cualquier caso, ningún miembro en su exposición individual podrá superar el límite máximo del contrato automático, incluida la exposición de todos los años contractuales. Por lo anterior, en caso en que alguno de los miembros tenga

cúmulos que no permitan esta imputación en valor del porcentaje de su participación, deberá hacerse colocación facultativa proporcional sobre el 100% del riesgo asegurado, independientemente de que otros miembros sí tengan capacidad para aceptar su porcentaje de exposición. Adicionalmente se aclara que el límite del contrato lo es también por Afianzado, por lo que la suma de todas las exposiciones individuales no podrá superar la capacidad del límite del contrato.

Si independientemente de los criterios anteriores existiese alguna duda, la Cedente será el único juez de lo que se constituye un solo riesgo”.

Hecho y firmado, por duplicado, en

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

OFERTA FACULTATIVA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

(FECHA)

COMPañÍA CEDENTE : _____

DATOS DEL CLIENTE

AFIANZADO : _____

FECHA DE CONSTITUCIÓN : _____

ACTIVIDAD : _____

ACCIONISTAS : _____

BALANCES : _____

CONDICIONES DE LA OPERACIÓN

NUEVO/RENOVACIÓN : _____

TIPO DE COBERTURA : _____

DESCRIPCIÓN DEL RIESGO : _____

TIPO DE FIANZAS : _____

BENEFICIARIO : _____

IMPORTE DEL CONTRATO : _____

IMPORTE 100% DE LAS FIANZAS : _____

RETENCIÓN CEDENTE : _____

CAPACIDAD FACULTATIVA : _____

EFFECTO Y VIGENCIA : _____

CONTRAGARANTÍAS : _____

OFERTA FACULTATIVA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

CONDICIONES ECONOMICAS Y ADMINISTRATIVAS

TASA DE PRIMA	:	_____
COMISIÓN DE REASEGURO	:	_____
BORDERÓS	:	_____
CUENTAS	:	_____
MONEDA DE LIQUIDACIÓN	:	_____
SINIESTROS	:	_____ AL CONTADO _____
	:	

COMENTARIOS DE LA CEDENTE

- Se Adjuntan los balances de los tres últimos años del afianzado y sus contragarantes.

NOTA DE COBERTURA FACULTATIVA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

ENTRE _____ (EL REASEGURADO)

Y _____ (EL REASEGURADOR)

AFIANZADO _____

CONDICIONES DE LA OPERACIÓN

TIPO DE COBERTURA	:	_____
DESCRIPCIÓN DEL RIESGO	:	_____
BENEFICIARIO	:	_____
TIPO DE FIANZAS	:	_____
IMPORTE FACULTATIVO	:	_____
EFECTO Y VIGENCIA	:	_____
CONTRAGARANTÍAS	:	_____

CONDICIONES ECONOMICAS Y ADMINISTRATIVAS

TASA DE PRIMA	:	_____
COMISIÓN DE REASEGURO	:	_____
BORDERÓS	:	_____
CUENTAS	:	_____
MONEDA DE LIQUIDACIÓN	:	_____
SINIESTROS	:	_____ AL CONTADO _____

Participación Reasegurador : __% = _____ (Línea monetaria)

Hecho y firmado por duplicado,

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

**MODELO DE CONDICIONES GENERALES CONTRATO DE REASEGURO
EN EXCESO DE PÉRDIDA. SEGURO DE CAUCIÓN**

Entre con domicilio en , denominada en adelante EL REASEGURADO, de una parte y, con domicilio en que en lo sucesivo se denominará EL REASEGURADOR de otra, se ha convenido el presente Contrato de Reaseguro en base a las CONDICIONES GENERALES siguientes y a las CONDICIONES PARTICULARES que figuran como anexo y que forman parte integrante del Contrato.

Artículo I – Objeto del contrato

- A. Se establece el presente contrato, cuyo fin es amparar los negocios suscritos por el REASEGURADO especificados en las CONDICIONES PARTICULARES.
- B. El ámbito de suscripción del REASEGURADO para los riesgos objeto del Contrato queda especificado en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo II – Alcance de la cobertura

- A. El presente Contrato será aplicado a todos y cada uno de los siniestros ocurridos durante el período de vigencia del mismo, el cual se indica en las CONDICIONES PARTICULARES.

Para los propósitos de este Contrato, la fecha de ocurrencia de cada siniestro será la fecha en la que el cliente declara su insolvencia o la fecha en la que ésta es declarada por el Juzgado o la fecha en la que un/os beneficiario/s realiza/n una reclamación afecta a una fianza o la fecha en la que el no cumplimiento de las obligaciones afianzadas por el cliente es declarado por el beneficiario o es puesto de manifiesto por el cliente.

Se entiende además que, para los propósitos de este Contrato, la fecha de ocurrencia de cada siniestro, tal y como se define en el Artículo II, será la más cercana a la fecha de efecto del mismo de acuerdo con las definiciones precedentes.

- B. Si el presente Contrato terminase mientras la ocurrencia de un siniestro está en progresión sujeto a las restantes condiciones de este Contrato y siempre que ninguna participación en este siniestro sea reclamada al Contrato de renovación o reemplazamiento del presente convenio, se considerará el total del siniestro como incurrido con anterioridad a la terminación de este Contrato y la indemnización a cargo del Reasegurador será calculada de acuerdo con las estipulaciones de este Contrato.

Artículo III – Ámbito territorial

El presente Contrato se aplicará a los negocios suscritos por EL REASEGURADO en el territorio o territorios que se indican en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo IV – Siniestros

- A. La expresión “Siniestro” indicada en el Artículo II se entenderá como todos los pagos realizados por EL REASEGURADO como consecuencia de la insolvencia/incumplimiento de una Compañía o Grupo de Compañías definidas como un riesgo, según se establece en las CONDICIONES PARTICULARES (Anexo 2).
- B. El término “Última Pérdida Neta” se entenderá que significa el importe efectivamente pagado en la liquidación de siniestros o responsabilidades, incluyendo las indemnizaciones pagadas, gastos de arreglo, judiciales y de una manera general, cualquier desembolso que venga obligado a realizar EL REASEGURADO en virtud del siniestro o serie de siniestros en que fuera responsable, excluyendo los salarios fijos de sus empleados y sus gastos generales, después de deducir todos los recobros o salvamentos.
- C. El REASEGURADO procederá al necesario reajuste del importe o importes que pudieran resultar a cargo del REASEGURADOR en virtud del presente Contrato en caso de que una vez verificado el pago y regularizada su participación, se viese obligado a satisfacer indemnizaciones o gastos complementarios o bien se realizasen recuperaciones, recobros o salvamentos.
- D. El REASEGURADO notificará inmediatamente al REASEGURADOR cualquier siniestro o siniestros que hubieran llegado a su conocimiento y estimara que puedan sobrepasar el 75% del primer Riesgo. El REASEGURADO facilitará al REASEGURADOR toda la información que pudiera obtener relacionada con tal siniestro o siniestros.

Igualmente el REASEGURADO informará de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a un siniestro, anticipando un coste estimado del mismo y mantendrá a los REASEGURADORES informados acerca del desarrollo de esta situación.

Artículo V – Responsabilidad del reasegurador

- A. El REASEGURADOR indemnizará al REASEGURADO, dentro de los términos del presente Contrato, la parte de todo siniestro o serie de siniestros, derivados de un mismo acontecimiento, cuyo coste neto definitivo exceda del importe que figura en las CONDICIONES PARTICULARES denominado PRIMER RIESGO y que será siempre a cargo del REASEGURADO.
- B. La responsabilidad del REASEGURADOR denominada SEGUNDO RIESGO, nunca excederá del límite indicado igualmente en las CONDICIONES PARTICULARES para cada siniestro o serie de siniestros derivados de un mismo acontecimiento.
- C. La responsabilidad máxima del REASEGURADOR por todos los siniestros que sean a cargo del presente Contrato no podrá exceder de la cifra indicada en las CONDICIONES PARTICULARES.
- D. La responsabilidad del REASEGURADOR no podrá incrementarse ante la imposibilidad del REASEGURADO de recobrar importes adeudados por otros Reaseguradores en función de sus prácticas habituales de reaseguro, aunque tal imposibilidad sea debida a insolvencia.

Artículo VI – Reposiciones

- A. Las reposiciones de cobertura serán como se indica en las CONDICIONES PARTICULARES y de acuerdo con la “Cláusula de Reposiciones” adjunta que forma parte del Contrato.
- B. Si el pago de un siniestro se efectuase con anterioridad al ajuste de prima, la reposición de cobertura será calculada provisionalmente sobre la prima de depósito.

Artículo VII – Participación de reasegurador

La participación del REASEGURADOR en el presente contrato es la que figura indicada en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo VIII – Líneas netas retenidas (SOLO EN CASO DE QUE EL X.L. CUBRA LA RETENCIÓN NETA DEL REASEGURADO)

Este Contrato solo amparará la parte de cualquier seguro que EL REASEGURADO, actuando de acuerdo con su práctica establecida, retenga neta por su cuenta propia.

La responsabilidad del REASEGURADOR bajo el presente Contrato no será aumentada debido a un error o una emisión que resulte en un aumento en la retención neta normal del REASEGURADO ni tampoco a causa de que el

REASEGURADO haya dejado de efectuar reaseguros de acuerdo con su práctica de costumbre, ni por causa de la incapacidad del REASEGURADO de recaudar a cualquier otro REASEGURADOR cualquier suma que éste le deba, sea que dicha incapacidad resulte de la insolvencia de dichos reaseguradores o no.

Artículo IX – Prima de reaseguro

- A. El REASEGURADO pagará al REASEGURADOR la Prima de Depósito indicada en las CONDICIONES PARTICULARES.
- B. La prima definitiva a pagar al REASEGURADOR se calculará tomando el porcentaje indicado en las CONDICIONES PARTICULARES y aplicándolo sobre el encaje original de primas contabilizadas por el REASEGURADOR. El REASEGURADO deberá establecer una cuenta en la que figure el cálculo definitivo de las primas a favor del REASEGURADOR, antes de los tres meses posteriores a la fecha de terminación de este Contrato.
- C. Si la prima definitiva resultase superior a la Prima de Depósito, se produciría un pago inmediato del saldo al REASEGURADOR. No obstante, si la prima definitiva fuese inferior a la de Depósito, el REASEGURADOR devolvería la diferencia, pero la prima total para este Contrato no puede ser inferior a la Prima Mínima indicada en las CONDICIONES PARTICULARES.
- D. En caso de cancelación de este Contrato, según el Artículo XV, la prima definitiva se basará sobre el encaje de primas del período entre la fecha de efecto y la de cancelación efectiva y estaría sujeta a una Prima Mínima calculada a prorrata sobre el informe especificado en el apartado anterior.
- E. El término “Encaje de primas original” se refiere al encaje total de primas menos los extornos, las anulaciones y las primas pagadas por reaseguros, cuyos recobros en caso de siniestro favorezcan al REASEGURADOR contabilizados durante el período de este Contrato y referido a los negocios protegidos por este Contrato.

Artículo X – Cuentas corrientes

- A. Las operaciones derivadas del presente contrato se llevarán a una cuenta corriente cerrada al final de cada período indicado en las CONDICIONES PARTICULARES.

La moneda en que las cuentas serán emitidas figura igualmente en las CONDICIONES PARTICULARES.

- B. El REASEGURADO establecerá y enviará el estado de dicha cuenta dentro de los tres meses siguientes al cierre de cada período. EL REASEGURADOR manifestará su conformidad o reparos dentro de los treinta días siguientes a la fecha de recibo del estado de cuenta;

transcurrido dicho plazo sin sus noticias, se considerará aprobada la cuenta, a reserva de poder rectificar en el estado próximo todo error advertido posteriormente.

- C. Los saldos resultantes serán pagados por la parte deudora dentro del período indicado en las CONDICIONES PARTICULARES.

Artículo XI – Pago de siniestros

- A. En el caso de que el REASEGURADO procediera al pago total o parcial de un siniestro afectado por las garantías del presente Contrato, el REASEGURADOR se obliga a efectuar el pago de la proporción a su cargo.
- B. Queda entendido y convenido que el REASEGURADOR tendrá derecho a deducir de cualquier pago que deba realizar al REASEGURADO sobre el siniestro, cualquier suma que le sea debida por ésta como consecuencia del presente Contrato o de cualquier otro al que éste renovara o reemplazara.

Artículo XII – Tasa de cambio

Cualquier moneda diferente de la establecida en el Contrato será convertida a ésta última a las tasas de cambio utilizadas en la contabilidad del REASEGURADO. Si el REASEGURADO se viese obligado a realizar un pago total o parcial de un siniestro en moneda distinta a la establecida en el contrato dichas sumas se convertirán a las tasas de cambio fijadas en el momento de efectuar dicho pago.

Artículo XIII – Política de suscripción

El REASEGURADO no podrá introducir ningún cambio en este Contrato ni en su política de suscripción relativa a la cesión de negocio a la que se aplica este acuerdo, sin la aprobación de los REASEGURADORES.

Artículo XIV – Anexos

Este acuerdo puede ser alterado en cualquiera de sus términos bien por un anexo firmado por las partes contratantes, bien por un intercambio de correspondencia que deberá ser considerada como parte integrante del mismo o bien por la sustitución de un condicionado particular revisado que, igualmente, deberá ser firmado por ambas partes.

Artículo XV – Cancelación en circunstancias especiales

- A. Las partes contratantes tiene el derecho a dar por cancelado el contrato con efecto inmediato:

1. Si el cumplimiento del mismo resultase imposible, legalmente o de hecho, por motivos no atribuibles a una de las partes contratantes.
 2. Si la otra parte llegase a ser insolvente, iniciara procedimiento de quiebra o liquidación, o si le fuese retirada la autorización para negociar.
 3. Si la otra parte perdiese todo o parte de su capital desembolsado.
 4. Si la otra parte se fusionase o modificase considerablemente su situación de propiedad o de dominio.
 5. Si la otra parte no cumplierse con sus compromisos.
 6. Si el país en que la otra parte tiene su domicilio o sede principal entrase en guerra declarada o no, o bien fuese parcial o totalmente ocupada por otra potencia.
- B. El aviso de rescisión será dado por escrito (mediante carta certificada, télex o telegrama) y dirigido a la sede principal de la parte destinataria o, respectivamente, a cualquier otra dirección que hubiese sido designada a tal fin.
- C. En caso de que las comunicaciones estuviesen interrumpidas, el aviso de rescisión surtirá efecto tan pronto como sea remitido o se haya tratado de hacerlo.

Artículo XVI – Errores u omisiones

Los errores u omisiones involuntarios cometidos por el REASEGURADO, no liberarán al REASEGURADOR de las responsabilidades contraídas. Tales errores y omisiones deberán ser enmendados de forma inmediata una vez conocidos.

Artículo XVII – Derecho de información

- A. El REASEGURADOR tiene el derecho de hacer revisar por uno de sus funcionarios autorizados al efecto y en cualquier momento, los documentos del REASEGURADO referentes a los negocios objeto del presente contrato, quedando establecido que si estuviese pendiente un arbitraje o un procedimiento legal entre ambas partes, tal derecho tan sólo podrá ser ejercido por la mediación de un representante que no sea empleado del REASEGURADOR.

El REASEGURADOR deberá comunicar al REASEGURADO su propósito de ejercer el derecho de información con anticipación, por lo menos de 48 horas.

- B. El derecho de información del REASEGURADOR subsistirá mientras una de las partes tenga pendiente contra la otra una demanda originada en los negocios que son objeto del presente Contrato, aún después de haberse terminado, rescindido o invalidado el mismo.
- C. A requerimiento del REASEGURADOR, quién pagará los gastos que se originen, el REASEGURADO proporcionará copias de los documentos referentes a los negocios cedidos en virtud de este contrato.
- D. El REASEGURADOR se obliga a considerar el presente contrato así como todas las operaciones referentes al mismo, con carácter estrictamente confidencial, comprometiéndose a no hacer uso ni durante su vigencia ni después de ésta, de las informaciones obtenidas por el mismo.
- E. Ambas partes quedan obligadas a remitirse mutuamente, todos los años, la Memoria, Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias de sus respectivos ejercicios sociales.

Artículo XVIII – Arbitraje

- A. Ambas partes declaran su intención formal de resolver amigablemente cualquier discrepancia que surja con respecto a la validez o interpretación del presente Contrato.
- B. Las controversias que puedan surgir entre las partes, serán resueltas definitivamente por un Tribunal que tendrá su sede en y estará constituido por tres Árbitros expertos en Seguros y/o Reaseguros de reconocido prestigio.
- C. Cada parte nombrará su árbitro y éstos de común acuerdo designarán a un tercero.
- D. Si en el plazo de un mes una de las partes no nombrase a su árbitro o si los dos árbitros no llegasen a un acuerdo para la designación del tercero, la otra parte podrá acudir a los Tribunales de Justicia instando la formalización judicial del compromiso.
- E. Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa en equidad, según su saber y entender.

El laudo de los árbitros deberá producirse en el menor plazo posible y, en todo caso, dentro de los seis meses siguientes a contar desde la fecha en que se constituyó el Tribunal Arbitral. Los árbitros deberán resolver sobre el reparto de los gastos que origine el Arbitraje.

- F. Ambas partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte.

Artículo XIX – Jurisdicción

En cuanto no sea competencia de los árbitros, las partes se someten expresamente a la Jurisdicción y competencia de los Tribunales de, con expresa renuncia de cualquier otro fuero, si lo tuvieren.

El presente Contrato se emite por duplicado y es firmado por ambas partes,

En

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

ANEXO A
AL CONTRATO DE REASEGURO SUSCRITO ENTRE _____ Y _____.
CONDICIONES PARTICULARES

X.L. SEGURO DE CAUCION - TRAMO UNICO

Artículo I - Objeto del contrato

Descripción del negocio objeto de la cesión: Protección de la retención de en su Cuota Parte/Pólizas suscritas por el REASEGURADO en el ramo de Caución (lo que convenga).

Artículo II - Alcance de la cobertura. Período de vigencia.

Artículo III – Ámbito territorial. Ámbito territorial.

Artículo IV - Responsabilidad del reasegurador

- Prioridad: Ultima Pérdida Neta por cliente. Esta cifra se entenderá a cargo del REASEGURADO en cada siniestro independientemente de que se hayan visto afectados distintos tipos de fianzas en un mismo cliente.
- Límite: Ultima Pérdida Neta por cliente.
- Responsabilidad Máxima del Reasegurador:
- Condiciones Generales: Cláusula Ultima Pérdida Neta
- Cláusula Líneas Netas Retenidas (si procede)
- No Claim Bonus % (a los 24 meses de efecto)

Artículo V - Reinstalaciones

Reinstalaciones:

El termino “prorrata” se refiere a la proporción repuesta de cobertura del segundo riesgo sin tener en cuenta la fecha de ocurrencia del siniestro.

Artículo VI - Participación del reasegurador

Participación del Reasegurador: % del Segundo Riesgo.

Artículo VII - Prima de reaseguro

- Prima de Depósito :
- Prima Definitiva :
- Prima Mínima :

Artículo VIII – Arbitraje. Sede del Tribunal Arbitral:

Artículo IX – Jurisdicción. Jurisdicción.

Hecho y firmado, por duplicado, en

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

ANEXO B
AL CONTRATO DE REASEGURO SUSCRITO ENTRE _____ Y _____
CONDICIONES PARTICULARES

X.L. SEGURO DE CAUCIÓN

A. Exclusiones

- I. Tratados de Reaseguro
- II. Reaseguro Facultativo
- III. Cualquier pérdida o daño ocasionado por o como consecuencia directa o indirecta de cualquiera de las ocurrencias siguientes:
 - a) Guerra invasión, actos de enemigos extranjeros, hostilidades u operaciones bélicas (con o sin declaración de guerra), guerra civil;
 - b) motín, conmoción civil revelando el carácter de levantamiento popular, sublevación militar, rebelión, insurrección, revolución, poder militar o usurpado o cualquier acto de persona o personas actuando en nombre de o en conexión con alguna organización cuyo objeto sea el derrocamiento o presión de cualquier gobierno de jure o de ipso por medio de terrorismo o cualquier otro medio violento.
- IV. Pools y Riesgos Nucleares y/o Atómicos de cualquier índole
- V. Fianzas que garanticen el cumplimiento de contratos de más de tres años de duración
- VI. Fianzas en garantía de devolución de préstamos
- VII. Fianzas en garantía de letras de cambio
- VIII. Fianzas en garantía de emisión de títulos de renta fija
- IX. Fianzas en garantía de otras obligaciones de pago sin base contractual y/o legal
- X. Fianzas judiciales de carácter penal

B. Cláusula de definición de riesgo

Será considerado un sólo riesgo cualquier firma o compañía individual. Sin embargo, cuando algunas firmas o compañías individuales forman un Grupo, dicho Grupo debe ser considerado como un sólo riesgo.

Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.
- b) Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.
- c) Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas.

En cualquier caso, EL REASEGURADOR aceptará que EL REASEGURADO hubiera podido considerar como riesgos separados a aquellas firmas y compañías de las que no dispusiera, a pesar de aplicar criterios rigurosos de suscripción, de la suficiente información acerca de vínculos con otras firmas o compañías para las cuales ya se hubiese asumido riesgo.

Se entiende y acuerda también que EL REASEGURADOR aceptará su responsabilidad en los riesgos resultantes de agrupación de acuerdo con los criterios anteriormente expresados aunque éstos pudieran superar los límites del Tratado.

Quedarán en todo caso excluidas de aplicación de estos criterios las empresas estatales y las que perteneciendo a la misma gran Corporación Bancaria demuestren absoluta independencia en su actividad y gestión.

En el caso de fusión por absorción o creación en la que se de una acumulación de la responsabilidad superior a los límites máximos de los compromisos autorizados por el presente acuerdo de reaseguro, la Cedente tendrá en cuenta los riesgos individuales y por separado hasta la fecha en que haya conocido la entrada en vigor de tal fusión por absorción o por creación sobre una base permanente, pero sin exceder un período de tres meses después de que la Cedente pudiera razonablemente haber conocido tal entrada en vigor.

Cuando el Afianzado sea un Consorcio, Joint Venture, Unión Temporal de Empresas o asociaciones afines se deberá imputar a cada uno de los miembros el importe que corresponda a su porcentaje de participación en el mencionado Consorcio, Joint Venture, Unión Temporal o asociaciones afines. En cualquier caso, ningún miembro en su exposición individual podrá superar el límite máximo del contrato automático, incluida la exposición de todos los años contractuales. Por lo anterior, en caso en que alguno de los miembros tenga

cúmulos que no permitan esta imputación en valor del porcentaje de su participación, deberá hacerse colocación facultativa proporcional sobre el 100% del riesgo asegurado, independientemente de que otros miembros sí tengan capacidad para aceptar su porcentaje de exposición. Adicionalmente se aclara que el límite del contrato lo es también por Afianzado, por lo que la suma de todas las exposiciones individuales no podrá superar la capacidad del límite del contrato.

Si independientemente de los criterios anteriores existiese alguna duda, la Cedente será el único juez de lo que se constituye un solo riesgo”.

C. Cláusula de reinstalación

1. Todo siniestro amparado por este Contrato reducirá la cobertura de reaseguro, establecida en el Límite, en el importe que dicho siniestro exceda de la Prioridad, desde el momento de acaecimiento del siniestro, hasta el final del período de la cobertura de reaseguro.
2. No obstante, el importe de cobertura reducida por el siniestro, será automáticamente repuesto desde el momento del acaecimiento hasta el final del período de la cobertura mediante el pago de una prima adicional a “prorrata” según está indicado en las CONDICIONES PARTICULARES.

Hecho y firmado, por duplicado, en

LA CEDENTE

EL REASEGURADOR

ANEXO C
AL CONTRATO DE REASEGURO SUSCRITO ENTRE Y
CONDICIONES PARTICULARES

X.L. SEGURO DE CAUCIÓN

ÚLTIMA PÉRDIDA NETA

El término “Última Pérdida Neta” se entenderá que significa el importe efectivamente pagado originalmente en la liquidación de siniestros o responsabilidades, incluyendo las indemnizaciones pagadas, gastos de arreglo, judiciales y de una manera general, cualquier desembolso que venga obligado a realizar EL REASEGURADO en virtud del siniestro o serie de siniestros en que fuera responsable, excluyendo los salarios fijos de sus empleados y sus gastos generales, después de deducir todos los recobros o salvamentos.

Hecho y firmado por duplicado, en

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

ANEXO D
AL CONTRATO DE REASEGURO SUSCRITO ENTRE Y
CONDICIONES PARTICULARES

X.L. SEGURO DE CAUCIÓN

LÍNEAS NETAS RETENIDAS

Este contrato sólo amparará la parte de cualquier seguro que EL REASEGURADO, actuando de acuerdo con su práctica establecida, retenga neta por su cuenta propia. La responsabilidad del REASEGURADOR bajo el presente contrato no será aumentada debido a un error o una omisión que resulte en un aumento en la retención neta normal del REASEGURADO ni tampoco a causa de que el REASEGURADO haya dejado de efectuar reaseguros de acuerdo con su práctica de costumbre, ni por causa de la incapacidad del REASEGURADO de recaudar a cualquier otro REASEGURADOR cualquier suma que éste le deba, sea que dicha incapacidad resulte de la insolvencia de dichos reaseguros o no.

Hecho y firmado por duplicado en

EL REASEGURADO

EL REASEGURADOR

CAPÍTULO XII EL SINIESTRO Y LA GESTIÓN DEL MISMO

12. EL SINIESTRO Y LA GESTIÓN DEL MISMO

12.1. Consideraciones generales

La calidad del asegurador, en cualquier ramo, se mide por su actuación a la hora del siniestro, que vendría a ser algo así como el servicio postventa en otros negocios o productos. El asegurador que actúa con diligencia y profesionalidad, paga los siniestros cuando debe, es decir, lo más pronto posible una vez que se han producido y el pago es procedente. Lo mismo ocurre en el seguro de caución: el asegurador/garante debe pagar los siniestros tan pronto esté obligado a ello.

No descubro ningún secreto si digo que algunas compañías de seguros en ocasiones, pocas, tienen la tentación – a veces irresistible – de no pagar o, más bien, de pagar tarde y, si se puede, menos. Esta situación quizás es más reiterativa en el seguro de caución (¡y también en el sector bancario cuando actúan como garantes!) ya que en este caso el garante, asegurador o banco, siempre va a encontrarse con la situación de que su cliente, habitualmente un contratista, pero puede ser también un importador/exportador, un suministrador de bienes..., le va a decir que no ha incumplido la obligación legal o contractual garantizada y que, por lo tanto, la reclamación es indebida y debemos rechazarla. Y, naturalmente, el asegurador quiere creer a su cliente.

El garante se encuentra así en la situación en la que el beneficiario (que, no lo olvidemos, habitualmente será un organismo de la Administración Pública) le reclama la fianza y su cliente le pide que no le pague. El garante normalmente desconoce, en el momento de la reclamación, qué ha ocurrido, y no suele tener otra fuente de información que la que le proporcione su propio cliente. Por otra parte, si paga se puede encontrar con la resistencia de su cliente a devolverle el importe de lo pagado, pero si no cumple ante el beneficiario, su propio nombre e imagen puede quedar dañada.

La situación de los bancos es, en este tipo de situación, más favorable que la de las compañías de seguros, porque tienen el control de la cuenta corriente de su cliente, y si éste tiene fondos suficientes, lo más normal será pagar la reclamación y adeudar en ese mismo momento su importe en la cuenta corriente de dicho cliente, el fiado.

Las aseguradoras no tienen ese recurso de los bancos y, por ello, no es infrecuente que demoren el pago hasta tener más información y poder así decidir si procede o no el pago. Naturalmente hay quien siempre busca razones para oponerse al pago, en lugar de analizar profesionalmente si éste es procedente, perjudicando así no sólo su nombre, sino también el de la industria aseguradora.

En estas circunstancias es fundamental en el ramo del seguro de caución, la *definición de siniestro* por un lado, y la *fecha de ocurrencia* del mismo, por otro.

12.2. Definición de siniestro

En las fianzas incondicionales el siniestro ocurre cuando se produce la reclamación de la fianza, mientras que en las fianzas contractuales o accesorias, el siniestro se produce por el incumplimiento del tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales. Por ello, es frecuente encontrarnos en las pólizas que regulan las relaciones entre tomador del seguro y asegurador, una definición de siniestro del siguiente tenor:

“Se entiende por siniestro el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales y/o contractuales, cuyas consecuencias dolosas para el asegurado sean objeto de cobertura por la Póliza”.

Sin embargo, y a pesar de esta definición, el asegurador no conoce normalmente cuando se produce el incumplimiento – presunto o cierto – hasta que se le reclame el pago. Y eso puede ocurrir meses o años después del incumplimiento.

En el momento de la reclamación, el asegurador no dispone habitualmente de información o documentación que puedan acreditar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación, sino que depende de la colaboración del tomador del seguro que, en muchos casos, puede estar desaparecido o declarado en concurso de acreedores.

En estas circunstancias, es consecuente que tomador y asegurador fijen bilateralmente como fecha de ocurrencia del siniestro el día en que éste reciba el requerimiento de pago, pues puede que el asegurado, a pesar del incumplimiento cierto de la obligación asegurada, nunca ejecute la garantía – por la concurrencia de alguna causa extintiva de la obligación del tomador: compensación de saldos entre acreedor y deudor o por la caducidad del plazo para la incautación establecido en la propia garantía, etc.

Por ello, es también habitual que asegurador y tomador establezcan en la póliza 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 de sus obligaciones...”.*

Ya hemos explicado en el epígrafe anterior que no es infrecuente la postura del tomador del seguro rechazando que se haya producido un incumplimiento, y la difícil situación en la que se encuentra el asegurador ya que como decíamos, por un lado el beneficiario, que no olvidemos puede ser y suele ser un organismo dependiente de la Administración pública, le reclama y le insta al pago de la fianza ejecutada y, por otro, su cliente, el tomador, se opone a que lo haga aduciendo que no ha incumplido y que por lo tanto la reclamación es injustificada.

No debe extrañar que en estas circunstancias el asegurador incluya en la Póliza que regula sus relaciones con el tomador del seguro, una cláusula que le ponga a salvaguarda de esta situación y que podría ser de este tenor:

“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 tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular. No obstante, el asegurador se obliga a hacer al asegurado las reservas y objeciones que el tomador estime pertinentes, tan pronto como éste se las comunique”.

Esta cláusula y la que hemos mencionado sobre cuándo se entiende producido el siniestro disponen, en síntesis, según Javier Bergamín²² que:

- El siniestro debe entenderse producido, en el seno exclusivo de la relación contractual entre tomador y asegurado – firmantes de la póliza –, cuando el asegurado requiera el pago.
- El asegurador queda “autorizado” a pagar, pero no obligado al pago, en el plazo que fije el asegurado.
- El asegurador queda facultado a pagar sin necesidad de recabar la conformidad del tomador y sin considerar si el requerimiento de pago es justificado o si concurre incumplimiento.
- El asegurador puede oponer al asegurado las objeciones del tomador.

Es lícito, al amparo de la libre autonomía de la voluntad, acentuada en los “grandes riesgos”, que tomador y asegurador acuerden que, en caso de incautación de la garantía, el asegurador pueda pagar sin necesidad de recabar la conformidad del tomador, porque evidentemente éste se opondrá casi siempre al pago y el cumplimiento de la obligación indemnizatoria no puede dejarse al arbitrio del tomador.

La finalidad de estas últimas cláusulas mencionadas tiene carácter meramente procedimental y está orientada exclusivamente a asegurar el éxito de la acción judicial de repetición del asegurador contra el tomador de las cantidades indemnizadas.

²² Vide. Javier Bergamín. Op. Cit.

Por ello, las Pólizas de seguro de caución añaden habitualmente que la aseguradora *“queda exenta de la obligación de tener que impugnar u oponerse a la ejecución de las garantías”* y disponen que *“El tomador, una vez que haya efectuado el referido reembolso, quedará en libertad para reclamar al asegurado, por su propia cuenta, la restitución de las cantidades que considere indebidamente pagadas”*. En este sentido, es también patente que el tomador está en mejores condiciones que el asegurador de defender sus propios intereses si considera que la reclamación del asegurado es improcedente, pues él mejor que nadie conoce los avatares o las incidencias surgidas durante la ejecución de la obligación o del contrato garantizado.

Desde esta perspectiva, sí es posible afirmar que las Pólizas de seguro de caución (es decir la relación entre asegurador y tomador del seguro) se configuran como verdaderas no ya garantías, sino contragarantías independientes o abstractas a favor del asegurador en caso de ejecución de las cauciones individuales emitidas a su amparo, puesto que establecen el derecho o la facultad del asegurador a pagar, y la obligación del tomador a rembolsar el importe de la indemnización satisfecha por aquél al asegurado sin necesidad de que se exija la acreditación del incumplimiento de la obligación garantizada.

La doctrina mercantilista manifiesta su preocupación y llega a calificar la posibilidad del pago sin necesidad de verificar la procedencia de la reclamación de *“abusiva”* – profesor Font Ribas – o *“espeluznante”* – profesor Gullón Ballesteros – puesto que, en su opinión, implica dejar al arbitrio del asegurador la configuración de los seguros de caución emitidos al amparo de la Póliza como garantías abstractas o accesorias, u otorgarle libertad para oponer o no al asegurado las excepciones que estime convenientes.

La preocupación no encuentra justificación suficiente por las razones siguientes:

- La Jurisprudencia permite decir que los Tribunales conocen y aplican constantemente dichas condiciones contractuales sin que se hayan pronunciado sobre su ilicitud o carácter abusivo.
- La facultad del garante profesional de pagar, previo requerimiento del beneficiario, si a juicio de aquél existe obligación de pago, constituye una práctica bancaria internacional comúnmente aceptada
- Todas las entidades de crédito convienen con sus clientes, en los contratos de contragarantía o *“contraaval”*, cláusulas del siguiente estilo:

“El BANCO satisfará, en su caso, si a su juicio existe obligación para ello, el importe de la obligación afianzada, previo requerimiento del acreedor o beneficiario de las garantías, sin que sea preciso el consentimiento del CLIENTE, quien desde ahora acepta expresamente la procedencia y legitimidad del pago y renuncia expresamente a lo dispuesto en el Código Civil, y de manera particular en relación con los avales prestados por el BANCO a

primer requerimiento, que serán satisfechos siempre por el BANCO si a su juicio existe obligación para ello”.

- El carácter abstracto o accesorio de las fianzas emitidas por compañías de seguro de caución vendrá determinado exclusivamente por el contenido del documento de garantía emitido por cuenta y orden expresa del tomador, es decir, por el texto de la fianza, no por la voluntad unilateral del asegurador, y menos por éste en sede de su ejecución.

El asegurador, en contra de muchas opiniones, no suele ser partidario de la prestación de cauciones “a primer requerimiento”, pues no dispone como los Bancos de la posibilidad de compensación ni de contragarantías “líquidas”, y la colocación del riesgo en el reaseguro es complicada.

Y en cuanto a la oponibilidad de excepciones al beneficiario, el asegurador, en cuanto garante profesional, ha de conocer y conoce si es posible o no la oposición de acuerdo con el texto de la garantía. Asimismo, valora en la práctica las posibles objeciones que le traslada el tomador, y se opone incluso a la ejecución si la garantía no es independiente o su texto lo permite y si considera que se puede acreditar la improcedencia o el carácter abusivo de la reclamación.

En palabras ya citadas del profesor Camacho de los Ríos, *“no cabe duda de que siempre es preferible no pagar, por mucho que después pueda repetirse el pago”*, a lo que cabría añadir que el asegurador debe prestar al tomador un servicio de calidad, de emisión de garantías y, en lo posible, también de asesoramiento, y que el pago del importe garantizado contra la voluntad del tomador puede conllevar su pérdida como cliente.

12.3. Etapas del proceso de siniestro

Desde el punto de vista contable, el siniestro puede producirse antes de la reclamación por parte del asegurado, ya que pueden ocurrir acontecimientos que hagan previsible la incautación de una fianza. Vamos a examinar a continuación las diferentes etapas por las que puede discurrir el proceso de un siniestro, que van desde el conocimiento oficioso de una posible incautación, hasta el cierre del expediente de siniestro.

12.3.1 Conocimiento oficioso de situaciones que pueden dar lugar a la posible incautación de garantías

En muchas ocasiones se conoce, bien por la prensa, bien por otro tipo de informaciones, que el tomador ha incurrido en una situación (quiebra, suspensión de pagos, cese de actividad...) que puede desembocar en el posible incumplimiento de alguna de las obligaciones garantizadas y, en consecuencia, en la incautación de alguna garantía.

En estos casos, la legislación por un lado y la prudencia del asegurador por otro, aconsejan constituir unas reservas llamadas en la terminología inglesa *IBNR – Incurred But Not Reported*, y en español *Siniestros Pendientes de Declaración* – que representan un porcentaje del riesgo total que la compañía de seguros tiene con el tomador en ese momento. Dicho porcentaje se establece atendiendo fundamentalmente a la antigüedad y tipo de garantías, y al que se viene fijando para clientes del mismo sector, que se encuentren o se hayan encontrado en una situación semejante.

Es necesario que cualquier empleado, o incluso agente o corredor que trabaje en, o para la compañía y que tenga conocimiento de circunstancias como las indicadas, lo ponga en conocimiento del correspondiente departamento técnico de la compañía para que ésta pueda tomar las medidas pertinentes.

Estas reservas sobre *siniestros pendientes de declaración*, si bien se encuentran amparadas por la legislación en un buen número de países, pueden llegar a ser controvertidas ya que los criterios de constitución de la misma son parcialmente subjetivos y, por ello, pueden suscitar rechazo de los inspectores de tributos que pueden pensar que con esta reserva lo que se persigue es la disminución de los beneficios contables de la compañía aseguradora y, por ende, de los impuestos a pagar por ellos.

Por otra parte una política poco prudente de dotación de reservas para siniestros por este concepto puede poner a la compañía en dificultades ya que puede haber distribuido como dividiendo a los accionistas todo o parte los beneficios netos del ejercicio y luego resultar que éstos no eran tales porque había ya siniestros que, no habiendo sido declarados al asegurador, éste debió reservar por conocer hechos que de manera razonable hacían prever que todas o algunas de las fianzas emitidas para un determinado cliente desembocarían en siniestro.

La compañía de seguros debe fijar y tener incluso por escrito los criterios de constitución de reservas por este concepto y ser consecuente con ellos, sin alterarlos salvo en los casos en que se demuestre que hay razones para ello.

12.3.2 Comunicación de incautación por el beneficiario

La ocurrencia formal del siniestro se produce al recibir la compañía aseguradora una notificación escrita de ejecución, total o parcial, de la garantía por parte del beneficiario.

12.3.3 Investigación sobre las causas de la incautación

La siguiente etapa consiste en contactar con el tomador y examinar la incautación para dilucidar cuáles han sido las causas de la misma. Si es

preciso, se harán gestiones ante el asegurado para que amplíe información acerca de la reclamación.

12.3.4 Aceptación o rechazo de la incautación

Con la información recabada, la compañía tiene que decidir, con la ayuda de su Asesoría Jurídica, si acepta o rechaza la incautación. Son muy diversas las razones por las que una compañía puede rechazar la incautación de una garantía por parte del beneficiario. Mencionaremos entre ellas la prescripción (ver capítulo III) punto 3.7), la novación del contrato y la consecuente extinción de la garantía (ver capítulo III, punto 3.8), el no cumplimiento por el beneficiario de los trámites y procedimientos establecidos legalmente en cada país para ejecutar las garantías, el fraude manifiesto... El afianzador sólo debe rechazar el siniestro si tiene argumentos sólidos y claros, ya que el rechazo sistemático de los siniestros, por muy tentador que parezca inicialmente, lleva finalmente aparejado el descrédito, no sólo del afianzador, sino de la propia institución de los seguros de caución como forma válida de garantizar el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales. En este último caso, la Asesoría Jurídica tiene que realizar el recurso correspondiente en la forma establecida por la Ley, bien se trate de un beneficiario privado o de un beneficiario que sea una Administración Pública; además se procede a la constitución de las correspondientes reservas de siniestros pendientes de liquidación o pago, ya que a pesar del rechazo inicial del siniestro que hace la compañía, bien pudiera ocurrir que una vez terminado el procedimiento administrativo o legal de oposición a la reclamación, el resultado del mismo pudiera ser negativo, y la compañía tuviera que hacer frente total o parcialmente al siniestro.

El importe de la reserva debería seguir los principios de prudencia y de imagen fiel a los que la compañía se ve obligada y debería reflejar la mayor o menor probabilidad de éxito en el procedimiento emprendido para rechazar la incautación.

Teniendo en cuenta que la gestión de siniestros debe estar siempre centralizada, la apertura o cancelación del expediente administrativo de siniestros, se realiza y se gestiona donde se encuentre el Departamento de Siniestros de la compañía, aunque a efectos informativos se conserven copia de todos los documentos en las oficinas del asegurador situadas en el lugar de ocurrencia.

12.3.5 Gestión del siniestro

En el caso de que el siniestro fuera aceptado, se procede al pago al asegurado de la cantidad reclamada y a continuación se requerirá dicha suma por vía amistosa al tomador.

Si éste paga voluntariamente se procede inmediatamente al cierre del expediente de siniestro. Si por el contrario se opusiera a resarcirnos del pago realizado, y se diera el caso, por otra parte bastante frecuente, de que el tomador fuera insolvente o no hubiera contragarantes, se cerraría el expediente como fallido.

Si tuviera solvencia suficiente o hubiera contragarantes se pasa el expediente a Asesoría Jurídica para que inicie las acciones judiciales oportunas para el cobro de la deuda. Finalizadas las mismas con el recobro (o la imposibilidad del mismo) de la cantidad pagada, se procede igualmente al cierre del expediente.

En el supuesto de que el siniestro fuera rechazado, habrá que esperar el resultado de la oposición legal planteada. Si se gana, se procede a liberar la reserva constituida y a cancelar el expediente de siniestro. Si se pierde, una vez verificado el pago con cargo a la reserva constituida, se procedería al recobro de igual forma que la establecida en el párrafo anterior.

12.3.6 Procedimiento para la constitución de provisiones de siniestros pendientes de declaración (IBNR)

Tal y como hemos comentado antes, cuando la compañía tiene conocimiento de situaciones como la suspensión de pagos o de hechos equiparables a tal estado legal (desaparición de la empresa, sobreseimiento general de sus obligaciones de pago, notoria incapacidad técnica o económica para el cumplimiento de las obligaciones aseguradas, etc.) de un cliente o tomador de seguro con riesgos en vigor, debe proceder a la evaluación de los mismos a efectos de la constitución de provisiones de siniestros pendientes de declaración (IBNR), de acuerdo con los siguientes criterios:

- *Información sobre la situación de los contratos garantizados* en función de su grado de cumplimiento o ejecución. Información que se obtiene a través de los siguientes medios:
 - a) La información recabada de los responsables de la propia empresa garantizada.
 - b) De la información de las propias oficinas o sucursales de la compañía en las zonas o áreas de ubicación de la empresa o de ejecución de las obras garantizadas.
 - c) Información de terceros, como agencias de informes o cualquier otro tercero, relacionado con la empresa o con el contrato garantizado como por ejemplo subcontratistas.
 - d) Inspección ocular del estado de las obras garantizadas, para conocer si hay actividad en las mismas.

- *Antigüedad de las obligaciones garantizadas y tipos de garantías emitidas*

El período de ejecución establecido en el contrato garantizado permite determinar el riesgo latente así como la vigencia o no del período de garantía del contrato.

De la misma forma, el tipo de garantía prestada y su regulación legal permiten establecer si se encuentra todavía en riesgo, así por ejemplo, las garantías provisionales de corta duración (promedio de tres meses) o las garantías aduaneras con una prescripción inferior a la de las obligaciones personales, o bien otro tipo de garantías en que el propio texto establece plazos de caducidad o, por el contrario, garantías de carácter global o permanente que dilatan en el tiempo la probable reclamación final.

- *Posibilidad de la empresa de superar la situación*

En función de las causas que han abocado a la empresa a una situación económica de gran dificultad, e incluso a suspender pagos, la empresa puede presentar una suspensión de pagos puramente técnica que permita a la empresa seguir desarrollando y cumpliendo con normalidad sus contratos, o bien desembocar, tras una paralización de su actividad, en una liquidación ordenada de la sociedad o incluso en quiebra. En ambos casos el asegurador debe tener en cuenta circunstancias especiales de cesión de obras o contratos a terceros con o sin incautación parcial o total de la garantía, lo que aminoraría e incluso eliminaría en algunos casos el riesgo.

- *Concentración del riesgo*

El cúmulo total de fianzas en vigor de un cliente en el momento de la suspensión, normalmente estará muy disperso en varias obras o contratos que se encontrarán en diferentes etapas de ejecución. Así, habrá contratos terminados y en período de garantía, otros casi terminados, otros al inicio de ejecución... La compañía deberá valorar esta situación para calcular el importe de la reserva a constituir. En otras ocasiones, la concentración de la totalidad o mayor parte del riesgo en un solo contrato o bien en un tipo de garantías de mayor peligrosidad (a primer requerimiento, las de aduanas en las que se garantiza el pago del impuesto, precintas alcohólicas, pago anticipado, garantías ante privados, primer requerimiento, subvenciones, garantías de pago...) deben incrementar el porcentaje de provisiones a constituir sobre la totalidad del riesgo.

- *La experiencia*

Todos los anteriores criterios se conjugan en función de la experiencia de la compañía en situaciones similares y para supuestos y tipos de garantía análogos.

- *Revisión continua*

De forma permanente y en función de la información posterior o adicional de que se va disponiendo, el asegurador debe revisar las provisiones inicialmente constituidas, modificándolas a tenor de las mismas y según el desarrollo de los contratos garantizados y evolución de la empresa.

No obstante estas revisiones periódicas una vez, al menos, con carácter anual, se deben revisar y reevaluar la totalidad de las citadas situaciones procediéndose, en su caso, a incrementar o a anular las cantidades reservadas.

Hay otras provisiones que deben constituir las compañías de seguros de todo tipo, incluidas las de caución, algunas relacionadas con los siniestros y otras con los principios de imagen fiel y de prudencia, que se examinan en el próximo capítulo.

12.4. Necesidad de normas claras que delimiten y configuren la ocurrencia del siniestro

Como hemos dicho, en algunos casos, el asegurador, o el banco si fuera una garantía bancaria, se oponen al pago del siniestro argumentando mil y una razones y dilatando el establecimiento del mismo durante muchos meses, quizás años. Esta situación ha generado en algunos países en los que este tipo de situaciones se produce de manera continuada el desprestigio de las compañías que operan en el ramo de Caución, o de todo el mercado en su conjunto.

Sería muy conveniente que por parte de la Administración Pública se dictasen normas muy claras de cuando debe entenderse producido el siniestro, quienes son los organismos que deben declararlo y llevarlo adelante y, a ser posible, que estos sean los mismos que formalizaron el contrato objeto ahora de controversia para evitar así dilaciones y falta de información dentro de la propia Administración Pública. Sería también recomendable que se determinase claramente si el tomador y el asegurador tienen derecho a audiencia, así como fijar cuales son los recursos que el tomador y el asegurador tienen la posibilidad de presentar y si contra la resolución de dichos recursos cabe, o no, continuar por la vía contencioso administrativa o por la vía judicial y establecer claramente cuando el garante tiene la obligación de pagar incluso en aquellos caso en los que aún pudiera continuarse la vía judicial.

Deberían también fijarse importantes intereses de demora tanto al asegurador que no paga los siniestros y acaba perdiendo las resoluciones judiciales como al beneficiario que después de haber recibido del garante el pago de la fianza, pierde en el posterior proceso judicial que este pudiera haber instado. Se trataría así evitar alegres dilaciones del pago, no sustentadas en sólidos argumentos, y, también, ejecuciones de garantías sin las debidas cautelas por

parte de los beneficiarios. Cuando se demostrase que en la ejecución de la garantía ha existido mala fe e incluso simple falta de la diligencia debida que se le supone a un funcionario público, este debería ser sancionado.

En algunos países, España por ejemplo, la incautación de una sola garantía supone la baja del tomador como posible contratista de futuros contratos con la Administración Pública. Ello supone que los contratistas deben tener el máximo cuidado en sus relaciones con la administración y, cuando hay problemas, intentar solucionarlos por la vía amistosa antes de llegar a una ruptura que suponga la ejecución de la fianza. Ni que decir tiene que esta situación es muy beneficiosa para el asegurador/garante ya que sabe que su cliente intentará por todos los medios a su alcance, que las fianzas no le sean ejecutadas.

Las contabilización de los siniestros, incluso cuando son inicialmente rechazados, debe ser prudente y fiel con la realidad. No deben caber en el sector asegurador argumentos como llevar los siniestros recibidos a cuentas de orden mientras se comprueban, o activar la recuperación de los mismos pensando que las contragarantías que tenemos formalizadas son suficientes y que las cobraremos sin problemas. Se demuestra una y mil veces que una cosa es tener contragarantías y otra acabar cobrándolas. La recuperación de los siniestros solo debe contabilizarse cuando realmente se han cobrado pero nunca antes y las autoridades fiscales y auditores deben ser muy celosos en la comprobación de estos extremos.

CAPÍTULO XIII

LAS PROVISIONES EN EL SECTOR ASEGURADOR

13. LAS PROVISIONES EN EL SECTOR ASEGURADOR

13.1. Provisiones

Las entidades aseguradoras, entre ellas las aseguradoras de caución, como cualquier otra empresa, deben formular un balance y cuenta de pérdidas y ganancias por cada ejercicio económico, ejercicio que habitualmente coincide con el año natural.

En muchos países, además de esta información anual, las compañías de seguros deben presentar a las autoridades de control, información trimestral o semestral que debe incluir, además, datos estadístico-contables.

Entre los principios contables que deben regir la contabilidad de las compañías de seguros destacaríamos el *principio de imagen fiel* y el *principio de prudencia*.

El *principio de imagen fiel* debe conducir a que las cuentas anuales, formuladas con claridad, expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

El *principio de prudencia* obliga a que únicamente se contabilicen los beneficios realizados a la fecha del cierre del ejercicio. Por el contrario, los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales con origen en el ejercicio o en otro anterior, deberán contabilizarse tan pronto como sean conocidos.

En consecuencia, al realizar el cierre del ejercicio deberán tenerse presentes todos los riesgos y pérdidas previsibles, cualquiera que sea su origen.

Las legislaciones de seguros establecen la obligatoriedad de constituir provisiones técnicas, también llamadas reservas, que han de estar constituidas en todo momento y que se reflejan al cierre de cada ejercicio. Estas reservas son la expresión contable de las obligaciones futuras a las que deberá hacer frente la compañía de seguros.

Entre las provisiones más normales que establece la legislación para las compañías de seguros y entre ellas para las de seguros de caución, se encuentran las:

- **Provisiones de primas no consumidas.**

Son aquellas que tienen por objeto hacer frente a los riesgos que permanecen en vigor al cierre contable de un ejercicio económico.

Una entidad que suscribiese todas sus pólizas con vencimiento en 31 de diciembre (a cuyo objeto emitiría en el primer año recibos proporcionales desde la fecha de efecto del contrato hasta el siguiente 31 de diciembre, y para años sucesivos emitiría recibos por anualidades completas), se hallaría en condiciones de determinar que, al final de cada ejercicio, cuando efectuase el balance, el resultado del año sería, en líneas generales, la diferencia entre las primas percibidas y la valoración de los siniestros producidos, más los gastos de administración y producción.

Sin embargo, esta forma de actuación no es habitual en el mercado de seguro; lo normal es que, sea cual fuere el efecto inicial de la póliza, éste se renueve anualmente, en el mismo día y mes en el que se suscribió, y la aseguradora cobre las primas en los respectivos vencimientos anuales.

Este sistema distribuye uniformemente los ingresos de la empresa a lo largo de todo el año, pero origina la necesidad de constituir al final de cada ejercicio una provisión con que hacer frente a los posibles siniestros que ocurran en el año siguiente y que afecten a pólizas respecto a las cuales ya se ha satisfecho toda la prima de un año. El importe de dicha provisión constituye la **provisión de primas no consumidas**.

Están constituidas por la fracción de las primas devengadas en el ejercicio que deba imputarse al período comprendido entre la fecha de cierre contable y el término del período de cobertura.

Estas provisiones han de calcularse póliza a póliza, y se calculará a prorrata de los días por transcurrir desde la fecha de cierre del ejercicio hasta el vencimiento del contrato.

- **Provisiones de riesgos en curso**

Es una provisión complementaria de la de primas no consumidas, concebida para compensar el posible cálculo insuficiente de las primas aplicadas a un período de cobertura, ya que, en tal supuesto, también la provisión de primas no consumidas resultaría insuficiente para hacer frente a la siniestralidad imputable a dicho período de cobertura.

▪ Provisiones de prestaciones

En general, su necesidad se explica al considerar que, cuando un ejercicio económico ha acabado (normalmente el 31 de diciembre), hay determinado número de siniestros que están aún pendientes de liquidación y los pagos indemnizatorios se efectuarán en el año siguiente o en otras anualidades sucesivas.

En tal sentido, los aseguradores deben constituir al final del año una reserva equivalente al importe previsto de los siniestros aún no indemnizados. El cálculo de estas provisiones se efectuará separadamente, por años de ocurrencia de los siniestros.

La provisión de prestaciones deberá representar el importe total de las obligaciones pendientes del asegurador derivadas de los siniestros ocurridos con anterioridad a la fecha de cierre del ejercicio y será igual a la diferencia entre su coste total estimado o cierto y el conjunto de los importes ya pagados por razón de tales siniestros.

Dicho coste incluirá los gastos tanto externos como internos de gestión y tramitación de los expedientes, cualquiera que sea su origen, producidos y por producir hasta la total liquidación y pago del siniestro. Los recobros o cantidades a recuperar por el ejercicio de las acciones que correspondan al asegurador frente a las personas responsables del siniestro no podrán deducirse en ningún caso del importe de la provisión.

La provisión deberá tener en cuenta todos los factores y circunstancias que influyan en su coste final y será suficiente en todo momento para hacer frente a las obligaciones pendientes a las fechas en que hayan de realizarse los pagos.

La provisión de prestaciones estará integrada por la provisión de *prestaciones pendientes de liquidación o pago*, la provisión de *siniestros pendientes de declaración* y la provisión de *gastos internos de liquidación de siniestros*.

a) *Provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago*

En algunos países esta provisión incluirá el importe de todos aquellos siniestros ocurridos antes del cierre del ejercicio y declarados hasta el 31 de enero del año siguiente, o hasta treinta días antes de la formulación de las cuentas anuales, si esta fecha fuera anterior. Forman parte de la misma los gastos de carácter externo inherentes a la liquidación de siniestros y, en su caso, los intereses de demora y las penalizaciones legalmente establecidas en las que haya incurrido la entidad.

b) *Provisiones para siniestros pendientes de declaración*

También llamadas “reservas IBNR” (*Incurred but not reported*), corresponden, tal y como hemos mencionado en el capítulo anterior, a la

provisión que ha de constituir la compañía de seguros para hacer frente al coste de los siniestros realmente ocurridos en cada ejercicio pero que aún no han sido comunicados a la entidad aseguradora antes del cierre de las cuentas de dicho año.

El cálculo de estas reservas se lleva a cabo con base en la experiencia que, en ejercicios anteriores y para este tipo de siniestros, tenga la propia entidad aseguradora.

La provisión de siniestros pendientes de declaración deberá recoger el importe estimado de los siniestros ocurridos antes del cierre del ejercicio y no incluidos en la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago. Únicamente en el caso de que la entidad no disponga de métodos estadísticos para el cálculo de la provisión o los disponibles no sean adecuados, dotará esta provisión aplicando un porcentaje, que normalmente vendrá fijado por ley y que suele ser del orden del 5%, a la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago del seguro directo.

c) Provisión de gastos internos de liquidación de siniestros

Esta provisión deberá dotarse por el importe suficiente para afrontar los gastos internos de la entidad, necesarios para la total finalización de los siniestros que han de incluirse en la provisión de prestaciones tanto del seguro directo como del reaseguro aceptado.

Para su cuantificación se tendrá en cuenta la relación existente, de acuerdo con los datos de la entidad, entre los gastos internos imputables a las prestaciones y el importe de éstas.

Hay, según países y legislaciones, otras reservas que afectan al sector asegurador, como por ejemplo la provisión de estabilización dentro de la Unión Europea, que se aplica a las compañías de seguros europeas y que tienen como objetivo alcanzar el equilibrio técnico de cada ramo, constituyendo reservas hasta alcanzar un determinado límite, cuando el resultado técnico es positivo y desdotándolas en caso contrario.

13.2. Margen de solvencia

El margen de solvencia puede ser definido como el conjunto de recursos constituidos por el patrimonio propio no comprometido (coincidente en cierta medida con el *patrimonio neto* contable) que, como mínimo, deben tener las entidades aseguradoras, en todo momento, para garantizar económicamente al máximo los compromisos con sus asegurados.

Se trata de patrimonio libre de todo compromiso previsible, no sujeto ni vinculado a obligación alguna y deducidos los elementos inmateriales. Su

cuantía mínima viene legalmente establecida y se calcula en función del volumen de negocio (primas netas de anulaciones) y del de la siniestralidad media de los tres últimos ejercicios sociales, en los ramos de No Vida.

Como su propia denominación indica, representa la solvencia marginal (“al margen” de la general y de la exigible técnicamente – provisiones técnicas –) que el asegurador debe poseer para poder hacer frente a situaciones de posible siniestralidad futura, que técnicamente no puedan estar totalmente previstas mediante el correcto cálculo y adecuada cobertura de las provisiones técnicas.

El margen de solvencia incorpora un mayor grado de garantía y solidez al conjunto de medidas que establecen, a largo plazo, el equilibrio técnico-económico del negocio asegurador.

13.3. Otras provisiones

Representan fondos diversos en su causa y cuantía que no tienen, en general, su origen propiamente en la técnica aseguradora, y que son constituidos por las entidades de seguros para compensar en el futuro desviaciones anormales, o para aumentar la garantía de la empresa frente a sus asegurados o accionistas.

Entre esta clase de provisiones, cabe referirse a la *provisiones de gestión empresarial; para insolvencias; por depreciación de terrenos o de inversiones financieras; y para responsabilidades y gastos.*

En este apartado hay que citar las *provisiones para primas pendientes de cobro* que son aquellas que tienen por objeto hacer frente al riesgo de impago de las primas emitidas que han quedado sin cobrarse al cierre del ejercicio.

Estas últimas estarán constituidas por la parte de las primas devengadas en el ejercicio que, previsiblemente y con base en la experiencia de años anteriores de la propia entidad, no vayan a ser cobradas. Su cuantía se determinará minorando dichas primas en el importe de sus comisiones, así como en la provisión de primas no consumidas constituida sobre ellas.

13.4 Solvencia II

A la hora de redactar este capítulo está próxima (año 2013) la entrada en vigor de las normas conocidas como Solvencia II, que afectarán de manera notoria al sector asegurador europeo y al de aquellos otros países, muchos previsiblemente, que apliquen las mismas o similares normas. No es objeto de este libro el tratar de este tema al que, sin embargo, se recomienda prestar la atención debida ya que cambiará, probablemente, la manera de actuar, y sobre todo de cómo configurar la cuenta de Perdidas y Ganancias y el Balance de todas y cada una de las compañías el sector asegurador.

CAPÍTULO XIV

DIFERENCIAS ENTRE LOS MODELOS DE AFIANZAMIENTO EN DIFERENTES PAÍSES

14. DIFERENCIAS ENTRE LOS MODELOS DE AFIANZAMIENTO EN DIFERENTES PAÍSES

14.1. Diferencias entre garantías contractuales y “penalty bonds” (fianzas multa).

Las administraciones públicas y locales de todo el mundo gestionan lo que se denomina “la cosa pública”, y deben hacerlo tomando todas las medidas que eliminen o disminuyan los perjuicios que pudieran causar a los contribuyentes que, al fin y a la postre, son los que con sus impuestos generan los ingresos que la administración debe gestionar.

En beneficio de esos contribuyentes, las administraciones públicas promueven la contratación pública de obras, compran bienes y contratan servicios que mejoran la calidad de vida de sus ciudadanos y, para evitar los daños que el incumplimiento de esos contratos de obras, suministros o servicios producirían, exigen a las empresas que llevan adelante esos contratos, unas fianzas o garantías, no sólo en el proceso de licitación o concurso para la adjudicación de los contratos, sino también para la fiel ejecución o cumplimiento de los mismos y para su mantenimiento. Son las denominadas fianzas contractuales, de las que hemos hablado en capítulos anteriores.

¿Qué intenta conseguir la Administración con estas garantías? Lo que su propio nombre indica, garantizar el fiel cumplimiento del contrato, si hablamos de la fianza de ejecución, o garantizar el correcto uso del anticipo si hablamos de la fianza de pago anticipado...

Vemos sin embargo, que en muchos países el asegurador o banco no tiene la posibilidad, en caso de incumplimiento por parte del contratista, de cumplir o acabar por sí mismo o a través de terceros, la obra cuyo cumplimiento o finalización está garantizando, es decir, no tiene la posibilidad de garantizar realmente el cumplimiento del contrato a pesar de que ese sea el nombre del producto que entrega, de acuerdo con la legislación de su país.

En la mayoría de las legislaciones sobre fianzas de cumplimiento, observamos que el importe de las mismas es un porcentaje reducido, incluso a veces muy

reducido, del precio del contrato (así el 4% en España, el 5% en Portugal, el 10% en la mayoría de los países de la Unión Europea y el Latinoamérica...) y además ese importe se considera como cantidad preestablecida por los daños y perjuicios que causaría el incumplimiento del contrato.

Producido el incumplimiento, el papel del asegurador no es el de intentar cumplir el contrato o buscar a quien lo haga, sino pagar el importe previamente determinado en la garantía.

En otros, pocos, países, las fianzas que la administración pública solicita, alcanza porcentajes mucho más elevados, en algunos el 100% (Panamá) o el 50% (Canadá) y, en otros incluso más del 100% (EEUU). En estos países el afianzador puede, si el contratista incumple, acabar por sí mismo o por un tercero el contrato cuyo cumplimiento garantiza, es decir, la fianza hace lo que su propio nombre indica: garantizar el cumplimiento, la ejecución del contrato de obra, suministro o gestión o, en su caso, la reparación de los daños y perjuicios realmente causados.

Nos encontramos pues con dos grandes modelos: por una parte los países, la mayoría, en los que la fianza tiene la consideración de multa, es decir, aquellos en los que producido el incumplimiento lo que tiene que hacer el asegurador o banco es pagar la cantidad predeterminada y punto y, por otra parte, la de los países en los que una vez producido el incumplimiento, el asegurador debe optar entre ejecutar el contrato por sí mismo o a través de terceros o, si lo prefiere, indemnizar por los daños y perjuicios realmente acaecidos.

Teóricamente, y posiblemente también prácticamente, la segunda de las opciones (fianzas de porcentaje elevado en las que el asegurador puede completar el contrato en caso de incumplimiento del contrato), parece la más lógica para conseguir los fines que se propone obtener con las garantías contractuales, y de hecho viene funcionando con éxito desde hace más de un siglo en los Estados Unidos. Si ello es así, debemos preguntarnos por qué no se aplica este modelo en el resto de los países.

Hay varias razones para ello: en primer lugar, los propios contratistas que trabajan para la administración se oponen a que los montos de las fianzas sean 10 ó 20 veces superiores a lo que actualmente se les solicita por el importante incremento de costes que ello llevaría consigo y, además, por la posible falta de capacidad en la que podría encontrarse el mercado asegurador y el bancario si las fianzas se elevaran al 100%. De hecho, esta falta de capacidad para afianzar al cien por cien toda la contratación pública supone un freno para el crecimiento de los grandes constructores americanos, que deben moderar su contratación para adecuarla a la capacidad de afianzamiento del mercado. El número de constructores norteamericanos que aparece entre los mayores 20 del mundo es sorprendentemente bajo si lo comparamos con otros sectores industriales en los que las compañías norteamericanas copan los puestos entre los más grandes, y una de las razones para ello es justamente el sistema de fianzas en los EEUU, que como veíamos en el capítulo 4 podría llegar al 200%

del precio del contrato (100% para la fianza de cumplimiento y otro 100% para la fianza denominada de pago a subcontratistas, mano de obra y suministradores).

Naturalmente no todo es blanco o negro, y así en el modelo norteamericano, el contribuyente – razón última de ser del sistema de garantías – está mejor protegido, las compañías de seguros de caución, las *surety companies* en la terminología inglesa, tienen un volumen de primas muy superior y, por otra parte, y al menos teóricamente, las fianzas al 100% y la opción de ejecutar la obra en caso de incumplimiento o de indemnizar los daños y perjuicios realmente sufridos por el beneficiario, lleva al asegurador norteamericano a realizar un exhaustivo proceso de selección, no sólo del contratista en sí mismo, sino también de las ofertas que pretende presentar en los concursos o licitaciones de contratación pública, que reduce la presentación de ofertas anormalmente bajas que, de ser las ganadoras, producirán, por lo general, una mala calidad en la ejecución del contrato y de los materiales utilizados en el mismo, ya que el contratista intentaría por esta vía equilibrar el bajo precio al que se ha comprometido realizar el contrato. No olvidemos que en Estados Unidos el asegurador se compromete a ejecutar el contrato en caso de incumplimiento de su cliente, el contratista, y que tendría que hacerlo al mismo precio ofertado por éste, por lo que si el precio fuera anormalmente bajo, el asegurador se vería muy perjudicado por el mismo y, por ello, intentará no apoyar las ofertas, es decir no emitir las fianzas de licitación, o los *bid bonds*, para los clientes que oferten a precios no razonables, impidiendo así su presentación al concurso o licitación.

Ni que decir tiene que las administraciones públicas de todos los países intentan luchar contra estas ofertas anormalmente bajas (“bajas temerarias” como se denominan en España) y en estas circunstancias, el que el propio asegurador haga de filtro de las mismas es en sí mismo muy positivo. En otros países en los que no existe este filtro del asegurador, la propia legislación establece mecanismos para impedir la adjudicación de contratos a las ofertas con bajas de precio excesivas.

Otra de las razones que explican por qué no se ha extendido más el modelo americano de fianzas, lo encontramos en el propio mercado asegurador. La mayoría de las compañías de caución especializadas, no tendrían ninguna posibilidad de encontrar reaseguro de calidad para poder multiplicar por 10 o por 20 la cifra de capitales asegurados y, en consecuencia, se verían abocadas a limitar su oferta, y además se encuentran conformes con el actual sistema de fianzas de reducido porcentaje.

No sería el problema de la capacidad de reaseguro el único que deberían afrontar las aseguradoras de caución en un mercado de fianzas por porcentajes muy elevados, sino que también habría otros derivados de la posibilidad de terminar o ejecutar los contratos en los casos de incumplimiento por parte de sus clientes, los tomadores del seguro.

El manejo de los siniestros en estas circunstancias, harían necesarios profesionales con un perfil diferente al actual, y lo mismo podríamos decir que ocurriría a la hora de la suscripción (no es lo mismo garantizar el 4% que el 200%), así como que sería necesario personal especializado en la inspección de obras para poder realizar un seguimiento de las mismas, y comprobar que progresan adecuadamente...

En definitiva, el seguro se seguiría llamando seguro de caución, pero sería realmente otro producto diferente al que hoy conocemos el que se estaría vendiendo. Las compañías tendrían que realizar cambios profundos para amoldarse al mismo, y hoy por hoy parece que nadie está a favor de una modificación del escenario tan radical, aunque, sin embargo, algunas compañías en el sector asegurador abogan por incrementar el porcentaje de las fianzas a niveles del 30% en lugar del 10% promedio que existe hoy en la mayoría de los países.

Esta oposición que hemos comentado que tienen los contratistas y los aseguradores hacia las fianzas según el modelo americano, es compartida por los reaseguradores y bancos, por lo que sólo un movimiento decidido de los beneficiarios en su favor podría cambiar la situación actual.

En el sistema de fianzas por porcentajes del 50 ó 100%, el asegurador se convierte de facto en socio de su cliente, a quien deberá sustituir o, en su caso financiar, cuando las cosas no vayan bien.

En el modelo de fianzas de bajo porcentaje, el beneficiario está inclinado a buscar soluciones amistosas con el contratista cuando éste tiene problemas para cumplir con el contrato porque la ejecución de la fianza no los resuelve y, a veces, incluso los aumenta ya que normalmente la ejecución de la fianza lleva aparejada la rescisión del contrato, con obligación de convocar un nuevo concurso, realizar una nueva adjudicación probablemente a un precio superior, etc., en definitiva, retrasos en la ejecución del contrato y mayor coste. Ni que decir tiene que esta postura del beneficiario es muy favorable para el asegurador, ya que en muchas ocasiones la fianza no se ejecuta.

Si debiera pronunciarme sobre cual de los modelos es el más deseable me inclinaría a decir que desde el punto de vista del sector asegurador, es decir de los garantes, lo mejor es el sistema que se aplica en Europa y en América latina. Las primas son pequeñas, sí, pero también lo son los siniestros y el tamaño de las compañías de seguros de caución, que resultan ser muy manejables. Si fuera un beneficiario no dudaría en pedir garantías por el 100% y trasladar así los problemas, si surgen, al garante.

14.2. Diferencias entre la garantía bancaria y la garantía de compañía de seguros

Los bancos son los competidores de las compañías de seguros en el ramo de caución. Con muy pocas excepciones (USA y México entre las más

importantes), la banca emite garantías, con este nombre o con otros como aval, boleta... para los mismos casos en que lo hace el sector asegurador, y la validez de unas y otras es idéntica salvo algunos casos en los que se ha detectado alguna discriminación a favor del sector bancario.

Así, hemos observado en alguna licitación que, a la hora de valorar las diferentes ofertas, el aval bancario puntuaba “más alto” que la fianza emitida por compañía de seguros, y en la contratación privada hay quien prefiere la teórica mayor solvencia de un banco.

Quizás el caso más preocupante de discriminación es el del Banco Mundial, sobre todo por lo que de efecto multiplicador puede suponer. Este organismo supranacional, entre otros fines, financia diferentes proyectos en países subdesarrollados o en vías de desarrollo, e incluso en países desarrollados si se trata de proyectos pioneros y con un impacto positivo para la población.

Pues bien, el Banco Mundial recomienda a esos países que soliciten a las empresas que van a llevar adelante los proyectos de que se trate, las correspondientes fianzas de licitación, de fiel cumplimiento, de pago anticipado... y todas las garantías, menos una, deben ser bancarias, ya que la denominación que el Banco Mundial da a las mismas es la siguiente:

- *Bid Security (Bank guarantee)*
- *Performance Bank Guarantee (Unconditional)*
- *Performance Bank Guarantee (Conditional)*
- *Performance Bond*
- *Bank Guarantee for Advance Payment*

Qué duda cabe que una fianza que se llama *Performance Bank Guarantee*, *Advance Payment Bank Guarantee* sólo puede ser emitida por un banco...

Al sector asegurador ya le parecía incorrecto que algunas de las fianzas fueran incondicionales y/o a primera demanda (a excepción de la *Performance Bank Guarantee (Condiciona)* y de la denominada *Performance bond* que sigue el modelo de Estados Unidos, y que como hemos visto casi no se emite fuera de ese país), pero sobre todo le parecía intolerable que un organismo como el Banco Mundial les discriminase en su papel como posibles emisores de garantías en proyectos financiados por el propio banco.

Después de innumerables gestiones, reuniones... los aseguradores han conseguido una pequeña victoria al aprobar el Banco Mundial que como *Bid Security* – que antes se denominaba también *Bank Guarantee* –, se acepte el llamado *Bid Bond* emitido por compañía de seguros. No ha logrado el sector asegurador ninguna otra modificación, pero sigue luchando por conseguirlo, y decimos que esta victoria es pequeña porque es bien sabido que en la gran mayoría de los casos, el contratista solicita la fianza de cumplimiento al mismo afianzador que le ha emitido el *bid bond*, y como las aseguradoras no pueden emitir *performance bank guarantees*...

En todos los países, tanto los avales bancarios como las fianzas de compañías de seguros, pagan un pequeño impuesto sobre las comisiones o primas cobradas y, en algunos casos, el impuesto no es el mismo para los bancos que para las compañías de seguros, y aquí debemos decir que las discriminaciones, por lo general, favorecen a las compañías de seguros que tributan por sus fianzas menos que los bancos por su avales, aunque esta es una situación que tiende a desaparecer.

Allá donde los bancos actúan como garantes, los textos de sus avales, o bien son idénticos a los de las fianzas de compañías de seguros, o las diferencias son inapreciables.

No debemos olvidar que los textos de las garantías en la contratación pública suelen venir impuestos de manera legal (por un decreto, orden ministerial...), y habitualmente no distinguen entre aval bancario y fianza de compañía de seguros.

Las diferencias más importantes entre uno y otro producto las encontramos en la práctica y no en la teoría. En efecto, la banca, por lo general, es mucho más proclive que el sector asegurador a la emisión de fianzas, ante beneficiarios públicos o privados, a primer requerimiento o incondicionales. Incluso nos atreveríamos a decir que la banca prefiere emitir este tipo de fianzas en lugar de las denominadas accesorias o contractuales, que son no sólo las más habituales sino también las que prefieren los aseguradores.

¿Por qué los bancos quieren emitir un tipo de fianzas que las compañías rechazan? (véase Capítulo VI). Hay varias razones que podrían justificar la postura de los bancos y que ahora reiteramos:

La primera sería que los bancos se dedican, fundamentalmente, a la concesión de préstamos, líneas de crédito..., es decir, transacciones económicas en las que físicamente dan dinero en efectivo a sus clientes. Ya hemos comentado que el recelo hacia las fianzas a primer requerimiento y hacia las incondicionales, era el riesgo de su ejecución indebida por un lado, y su condición de fianzas en sustitución de dinero en efectivo por otro. No cabe la menor duda de que una fianza incondicional y a primer requerimiento es más peligrosas que una fianza contractual y que, en efecto, se puede considerar como un sustituto de dinero en efectivo. Sí, pero ¡no es dinero en efectivo!, y eso es justamente lo que los bancos están acostumbrados a dar: *dinero en efectivo*.

Sería un contrasentido otorgar un crédito a un cliente, y denegar el día siguiente, a ese mismo cliente la emisión de una fianza incondicional con el argumento de que tiene riesgo superior a una fianza condicional, al ser la fianza solicitada sustituto de dinero, el mismo dinero "contante y sonante" que ¡hemos dado a ese mismo cliente el día anterior!

Hay otras razones que explican las preferencias de la banca por las garantías a primer requerimiento o por las incondicionales, y una de ellas es que la banca no quiere entrar a discutir, en caso de ejecución de la fianza, si debe pagar, como le exige el beneficiario, o si debe oponerse al pago, como le pide su cliente. Quiere instrucciones claras sobre cómo y cuándo debe pagar, y en este sentido, nada tan claro como la fianza incondicional: debe pagar cuando le reclamen que lo haga y punto.

No debemos olvidar que es el propio cliente del banco el que solicita a éste la emisión de la garantía en los términos acordados con el beneficiario, por lo que luego no podría quejarse de la predisposición del banco a pagar si la garantía es ejecutada. En definitiva, estaría haciendo lo que su cliente le pidió que hiciera.

Esta postura de la banca es también muy comprensible si tenemos en cuenta que, normalmente, la banca tiene acceso a la cuenta corriente del cliente y que la posibilidad de “adeudar” en dicha cuenta y en el mismo momento, el importe de la fianza que se está ejecutando, es un hecho claramente diferencial con la situación del asegurador en esas mismas circunstancias. Los bancos, en el caso expuesto, pagan la fianza con el dinero de su cliente, el fiado, y los aseguradores lo pagan de su bolsillo y del de sus reaseguradores.

La predisposición de la banca a emitir todas las fianzas que le pidan sus clientes, pone a estas entidades en una posición de clara ventaja respecto a sus competidores, los aseguradores, que sólo están dispuestos a emitir unas fianzas, las contractuales, pero que se resisten a hacer lo mismo con otras, las incondicionales o a primer requerimiento.

La sensación del cliente es que el banco se fía de él, y está dispuesto a satisfacer todas sus necesidades. En resumidas cuentas, el banco piensa que es su cliente quien debe valorar el mayor riesgo que implica una fianza respecto a otra, pero él, como banco, confía en sus clientes mientras que las compañías de seguros parecen dar a entender que sólo confían en ellos cuando las fianzas que estos les solicitan son de las denominadas contractuales, es decir, de las de menor riesgo (me fío de ti si el producto que me pides es de poco riesgo ya que de lo contrario...).

Ni que decir tiene que los clientes, que siempre piensan que las fianzas que piden nunca les serán ejecutadas, y que si lo fueran ellos harían frente al pago, prefieren la postura de los bancos y critican a las compañías de seguros que no confían en ellos.

CAPÍTULO XV

LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL Y SU PAPEL EN EL MUNDO DE LAS GARANTÍAS

15. LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL Y SU PAPEL EN EL MUNDO DE LAS GARANTÍAS

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) es una organización privada no gubernamental, que agrupa a miles de empresas en más de 140 países del mundo. Creada en 1919, ha sido reconocida como entidad consultiva ante la ONU, Unión Europea, Organización Mundial del Comercio, OCDE, Fondo Monetario Internacional, etc.

La CCI se mueve en dos grandes campos de actuación: por un lado el de la sensibilización de las instancias internacionales que afectan al comercio y a la inversión y, por otro, el de ofrecer servicios útiles a las empresas.

En esta segunda faceta, la CCI ha destacado en:

- Recopilar y formular usos mercantiles *uniformes* para todo el mundo. Así lo hace con las reglas sobre créditos documentarios, los Incoterms, reglas sobre garantías a primer requerimiento, etc.
- Ofrecer la Corte Internacional de Arbitraje y
- Los Servicios contra el Crimen Comercial Internacional.

En el caso concreto del papel de la CCI en el mundo de las garantías y el por qué del mismo, diremos que es debido a que a finales de los años 80 la CCI observa, por un lado, que el mercado de las garantías contractuales se encuentra muy diversificado, lo que dificulta la necesaria armonización en las transacciones internacionales y, por otro, ve con preocupación que hay una utilización creciente de una fianza, llamada "*fianza a simple requerimiento*" (que hemos denominado en los capítulos anteriores *fianza incondicional*) que representa una clara ruptura del equilibrio contractual que debe presidir las relaciones entre las partes intervinientes en un contrato, ya que en dicha clase de fianzas el beneficiario de las mismas las puede ejecutar sin otro requisito que reclamarlas.

La razón para la proliferación de estas fianzas *a simple requerimiento o incondicionales* se debía a que después de la II Guerra Mundial se hizo muy común en los países árabes y en otros en vías de desarrollo, la petición de

fianzas para garantizar el cumplimiento de los contratos mediante la entrega de dinero en efectivo. Esta situación se hizo insostenible y dio lugar a muchos abusos porque la fianza, es decir, el dinero, no se devolvía.

La presión de los contratistas y de sus bancos llevó a la aparición de una fianza, la fianza a simple requerimiento, de muy fácil y rápida ejecución.

Esta fianza se considera como un sustituto del dinero en efectivo y, por lo tanto, adolece también del riesgo de la reclamación indebida aunque, naturalmente, es menos peligrosa que el depósito en efectivo.

Estas fianzas son buenas para los bancos cuando actúan como garantes, por las razones que hemos expuesto en el capítulo anterior y, debido a su sencillez, también para los beneficiarios que, aunque no tienen una posición de privilegio igual a la que tenían con las fianzas en dinero en efectivo, siguen garantizándose un pago rápido, prácticamente sin discusión alguna posible.

Es hoy comúnmente reconocido que algunos beneficiarios han hecho un uso abusivo de este tipo de fianzas y que, por ello, su utilización debería ser hecha de manera restringida y solo ante beneficiarios de los que se tenga la certeza de que no harán un uso indebido de estas fianzas. El propio Banco Mundial reconoce el riesgo inherente que tiene este tipo de fianzas a simple requerimiento, ya que comenta de las mismas:

“La comunidad de contratistas objeta fuertemente este tipo de fianzas, porque las mismas pueden ser ejecutadas (o amenazar que van a ejecutarse) por beneficiarios, sin justificación. Los beneficiarios deberían actuar sólo en caso de incumplimiento de los contratistas, y ejecutar la garantía cuando así lo aconseje el ingeniero (independiente) que controla la obra”.

En estas circunstancias, la CCI pensó que había que dotar al mercado con instrumentos ágiles, que no tuvieran que ser interpretados por los jueces (las fianzas contractuales cuando son ejecutadas, muchas veces acaban dirimiéndose en los tribunales, ya que tanto el contratista como los garantes, bancos o compañías de seguros, suelen poner objeciones al pago) para conocer si son o no válidos y, sobre todo, que, al mismo tiempo, limitaran el riesgo de las reclamaciones indebidas.

La Comisión Bancaria de la CCI, junto con exportadores, compradores de bienes o servicios... se reunieron para establecer unas normas sobre garantías a primer requerimiento que, por un lado, pudieran utilizarse en todo el mundo, consiguiendo así una deseable uniformidad internacional, al igual que con las normas sobre Créditos Documentarios de la propia CCI y, por otro, evitaran o disminuyeran al menos el riesgo que las fianzas a simple requerimiento suponían y suponen para el contratista y sus afianzadores.

15.1. Reglas Uniformes para Garantías a Primer Requerimiento

En 1992 la Cámara de Comercio Internacional (CCI) desarrolló las Reglas Uniformes para Garantías a Primer Requerimiento (URDG, publicación nº 458) que aunque gozaron de una amplia utilización, fundamentalmente por parte de los bancos y de las cajas de ahorro europeos, tuvieron también la oposición de algunas entidades bancarias y beneficiarios que las consideraban, en algunos aspectos, de falta de precisión y querían una mayor claridad en la ejecución de las garantías. Con el objeto de evitar esas críticas y de dar respuesta a una creciente demanda de mejora del texto, la CCI ha publicado en Julio de 2010 una nuevas URDG (publicación nº 758, de la que existe una versión en inglés y otra en español) que reflejan un amplio consenso entre banqueros, beneficiarios y ordenantes (tomadores del seguro en la terminología aseguradora)

Uno de los objetivos buscados en las nuevas URDG es que los beneficiarios tengan que declarar que se ha producido el incumplimiento aunque no tengan que demostrarlo ni probarlo. El beneficiario tiene derecho al pago contra la presentación de un requerimiento conforme sin que sea necesario para el garante obtener la aprobación del ordenante (su cliente).

Por su parte las nuevas Reglas reconocen el derecho del ordenante a ser informado de los hechos relevantes en la vida de la garantía, aunque la reclamación de pago, si es conforme a lo estipulado en las Reglas, no requiere su consentimiento.

Las Reglas dan también normas precisas para saber cuando una garantía emitida a su amparo debe considerarse cancelada y evita expresiones que pueden inducir a confusión, tales como: “tiempo razonable”, “en el plazo más breve posible”, “solvencia suficiente”...que pueden admitir diversas interpretaciones.

Mencionamos a continuación, de entre los 35 artículos de las nuevas URDG los más destacados (debemos reseñar que la CCI obtiene una buena parte de sus ingresos con la venta de sus publicaciones y por esta razón no permite la reproducción íntegra de sus normas o reglas. Por ello sólo se comentan los artículos que consideramos de más interés para el lector. Dicho esto, recomendamos vivamente la compra de las Reglas a cualquier profesional de los seguros de caución).

Art. 2 Definición

Garantía a primer requerimiento significa cualquier compromiso firmado, como quiera que se denomine, que disponga el pago contra la reclamación de un requerimiento conforme.

Art. 5º Independencia de la garantía

La garantía es independiente de la relación subyacente y el garante no está vinculado de forma alguna a dicha relación. Una referencia en la garantía a dicha relación subyacente, con el propósito de identificarla, no altera la naturaleza independiente de la garantía. El compromiso de un garante de pagar en virtud de la garantía no está sujeto a reclamaciones derivadas de una relación que no sea la que existe entre el garante y el beneficiario.

Ya vemos que las reglas declaran que la fianza no es accesoria del contrato cuyo cumplimiento garantizan, distinguiéndola claramente de las fianzas contractuales que habitualmente se solicitan en la contratación pública. No hay que olvidar que la Cámara de Comercio Internacional está diseñando estas reglas para empresas que realizan trabajos más allá de sus fronteras y que contratan no solo con organismos estatales sino también y con tanta o mayor frecuencia, con compañías privadas.

Art. 15 a. Condiciones del requerimiento de pago

Un requerimiento en virtud de una garantía debe ir acompañado de aquellos documentos que la garantía indique y, en cualquier caso, de una declaración del beneficiario indicando en que aspecto el ordenante ha incumplido sus obligaciones respecto a la relación subyacente.

Este es sin duda el artículo más importante de las Reglas ya que establece que la reclamación debe ir acompañada de una declaración del beneficiario indicando que el ordenante ha incumplido, lo que convierte en una fianza a primer requerimiento y no en una fianza incondicional.

Art. 15 c.

La condición establecida en el apartado a. relativa a la declaración de incumplimiento del beneficiario, no será de aplicación si la garantía excluye esa condición de manera expresa.

Como vemos las partes pueden acordar que no sea de aplicación el artículo 15 a. que es el que convierte a las garantías emitidas al amparo de las URDG en garantías a primer requerimiento en lugar de ser garantías incondicionales. La razón para poder eliminar el artículo 15a. es que algunos bancos, pocos, prefieren que las normas sean cuanto más claras mejor y no quieren tener que entrar a decidir si la declaración del beneficiario diciendo que el ordenante ha incumplido se ajusta o no a lo exigido por las Reglas y por eso prefieren no incluirla y pagar a simple requerimiento.

Art. 16 Información sobre el requerimiento

El garante informará sin demora a su cliente, el ordenante, de cualquier requerimiento en virtud de la garantía.

Una cosa es informar al ordenante de que la garantía ha sido ejecutada, algo que es completamente aconsejable por otra parte, y otra muy distinta es esperar a que este nos de su conformidad para proceder al pago, algo que las reglas no contemplan como es lógico.

Las URDG son un magnífico instrumento que los aseguradores pueden, deben, utilizar cuando sus clientes les pidan la emisión de garantías a primer requerimiento y más aún cuando le soliciten emitir garantías incondicionales. Es un hecho que las garantías emitidas al amparo de las URDG tienen mucho menor riesgo que las garantías incondicionales, al requerir que la reclamación de la garantía vaya acompañada de una declaración del beneficiario indicando que el ordenante (el tomador en la terminología aseguradora) ha incumplido y eso, sin duda, es muchísimo mejor que la pura y simple reclamación de pago ante la que no cabe oposición, como ocurre en las garantías incondicionales.

Se podrá decir que como la declaración de incumplimiento debe hacerla el propio beneficiario, esta no tiene gran validez, pero no debemos olvidar que un beneficiario que pudiera muy bien estar dispuesto a reclamar la ejecución de una garantía incondicional bien pudiera tener reparos a ejecutar una garantía emitida al amparo de las URDG ya que en ella tiene que declarar por escrito que ha habido incumplimiento y si el supiera que eso no es así podría tener reparos para hacer la reclamación porque, entre otras cosas, estaría cometiendo un delito, como es la falsedad en documento privado.

Los aseguradores, que no participaron en la redacción de las URDG de 1992 ni tampoco en las de 2010, aunque reconocen que se ha dado un importante paso adelante y muchos están dispuestos a utilizar las URDG cuando alguno de sus clientes les solicite fianzas que encajen en dichas reglas, querían no obstante que la CCI también dictara unas Reglas para las fianzas contractuales, las que ellos emiten más habitualmente y las que quisieran que se utilizasen de manera mayoritaria.

15.2. Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales

Ante la presión de los aseguradores, la CCI creó un Grupo de Trabajo con objeto de preparar unas normas que hicieran las fianzas condicionales más atractivas para los beneficiarios, sobre todo los privados y también en la contratación internacional, ya que éstos las rechazaban con el argumento de que era muy difícil ejecutar las mismas y tenían, y tienen, razón.

Después de varios años de trabajo, estas normas sobre fianzas contractuales, conocidas como **Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales** de la CCI, fueron aprobadas el 1º de Enero de 1994 (se incluye estas Reglas como Anexo nº 22), y tienen como principal logro el haber establecido un sistema de ejecución y pago de las garantías que por un lado las equipara en efectividad a las garantías a primer requerimiento, manteniendo, sin embargo, el equilibrio

contractual de las partes, sin privilegiar a una de ellas: beneficiarios, sobre las otras: contratistas y aseguradores, o bancos.

El éxito de las Reglas depende de su cumplimiento y utilización y, desgraciadamente, en ese terreno y hasta la fecha, podemos decir que la CCI no ha logrado totalmente su objetivo ya que fuera de Japón, país en el que las Reglas se han incorporado a la legislación sobre la contratación pública y por ello se utilizan masivamente, su utilización es por ahora muy escasa.

Vamos a detallar los artículos más importantes de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales de la CCI (RUFC), en este caso de manera algo más extensa al ser el autor el traductor de las Reglas al español.

En primer lugar destacaríamos que en el *Artículo 3 (b)* se determina claramente la accesoria de la garantía respecto al contrato cuyo cumplimiento garantiza, al decir dicho artículo:

- *La responsabilidad del Garante frente al Beneficiario, en razón de la Fianza, es accesoria a la responsabilidad del Afianzado frente al Beneficiario en el Contrato.*
- *El Contrato cuyo cumplimiento se garantiza se considerará como parte integrante de la Fianza.*

Por otra parte, en el *Artículo 2* se define claramente lo que es el *incumplimiento* al calificarlo como:

Toda ruptura o falta de ejecución del Contrato, o de cualquiera de las obligaciones del mismo, según lo estipulado en el apartado (j) del Artículo 7, que dé origen a una reclamación por parte del Beneficiario para el cumplimiento del Contrato o para el pago de daños y perjuicios o de otras compensaciones económicas.

Una novedad muy importante de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales, se recoge en el *Artículo 3 (a)(ix)* que dice:

En la fianza se deberá estipular: si el garante podrá optar entre cumplir el contrato, o pagar el importe de la fianza.

A excepción de unos pocos países (Estados Unidos, Canadá y Panamá entre otros), en el resto, tal y como hemos mencionado en el capítulo XIV, el garante nunca tiene la opción de cumplir, en caso de incumplimiento del principal, por sí mismo o a través de un tercero, el contrato cuyo cumplimiento garantiza. Es esta pues una novedad muy interesante y que, sin duda, de ser llevada a la práctica, supondría una modificación sustancial de las estructuras que actualmente tienen las compañías de seguros de Caución.

El *Artículo 4* de las Reglas determinan cuándo debe considerarse ocurrido el vencimiento de las fianzas, estableciendo diferentes supuestos para el caso de que no se incluya claramente en la propia fianza la fecha vencimiento:

Liberación y extinción de las obligaciones del garante

- (a) *Salvo que se haya dispuesto lo contrario en la Fianza, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (b) de ese Artículo 4, la Fecha de Vencimiento será seis meses posteriores a la última fecha para el cumplimiento del Contrato o de las Obligaciones Contractuales pertinentes, según corresponda.*
- (b) *Sin perjuicio de cualquier disposición en sentido contrario en la Fianza, la Fecha de Vencimiento de una Fianza de Anticipo, una Fianza de Mantenimiento, una Fianza de Retención y una Fianza de Licitación será la que se indica a continuación:*
 - i. *En el caso de la Fianza de Anticipo, la fecha en que el Afianzado haya realizado las obras, entregado los bienes, prestado los servicios o cumplido de algún modo con las Obligaciones Contractuales por un valor, certificado o determinado de acuerdo con lo establecido en el Contrato, igual o superior al Importe de la Fianza.*
 - ii. *En el caso de la Fianza de Mantenimiento, seis meses contados a partir de la fecha estipulada en el Contrato o bien, si no se estipulara fecha para el vencimiento de las obligaciones de mantenimiento del Afianzado, el último día del período de garantía o de responsabilidad aplicable por defectos que indique el Contrato.*
 - iii. *En el caso de la Fianza de Retención, seis meses contados a partir de la fecha estipulada en el Contrato para el pago, devolución o entrega de todo dinero retenido.*
 - iv. *En el caso de la Fianza de Licitación, seis meses contados a partir de la última fecha establecida en los documentos.*
- (c) *Cuando la fecha de vencimiento no sea Día Hábil, la Fecha de Vencimiento será el primer Día Hábil posterior. En relación con estas Reglas, se entenderá por "Día Hábil" todo día en que operen normalmente las oficinas del Garante.*
- (d) *En la fecha de vencimiento se producirá la extinción de la Fianza y quedará absolutamente extinguida la obligación del Garante, quedando éste eximido de responsabilidad, se le devuelva o no la Fianza, salvo cualquier reclamación notificada de conformidad con el Artículo 7 y, todo ello, sin perjuicio de cualquier término, disposición o estipulación establecida en la Fianza, o en cualquier otro acuerdo, o en la Legislación Aplicable.*

- (e) *No obstante lo dispuesto en el apartado (d) de este Artículo 4, la Fianza podrá cancelarse en cualquier momento mediante la devolución de la misma al garante o mediante la notificación por escrito, debidamente firmada por un representante autorizado del Beneficiario, que exima al primero de cualquier responsabilidad, esté o no acompañada dicha notificación por la Fianza y/o por cualquier enmienda de la misma.*
- (f) *El garante informará inmediatamente al Afianzado de todo pago efectuado conforme a la fianza, así como de la cancelación, liberación o cumplimiento de cualesquiera obligaciones con respecto a la misma y de toda reducción de su importe, siempre que no se lo hay comunicado antes”.*

En el Artículo 6, sobre “Enmiendas y modificaciones al contrato y la fianza y prórrogas, se dice textualmente en el apartado a.: *la fianza se aplicará, sujeto a su monto y fecha de vencimiento, al contrato con las enmiendas y modificaciones que el Afianzado y el Beneficiario introduzcan el cualquier momento”.*

Se establece en este Artículo la no aplicación de la novación (ver capítulo III, apartado 3.8) como causa de extinción de la fianza, algo que parece lógico ante las habituales modificaciones que experimenten los contratos a lo largo de su duración, aunque en muchas legislaciones el recurso a la novación como motivo para justificar la extinción de la fianza puede, y es legítimo, utilizarse en algunos casos.

El que sin duda es el artículo más importante de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales, es el *artículo 7*, en cuyo apartado (a) se indica:

Cualquier reclamación que se formule con relación a la Fianza deberá notificarse por escrito al Garante antes de la fecha de vencimiento.

Es decir, vemos que en este artículo se recoge la misma obligación que en el Artículo 20 (a) de las Reglas Uniformes para Garantías a Primer Requerimiento y, al igual que en dicho Artículo, en el 7(f) de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales se indica que:

En toda reclamación se mencionarán brevemente algunos detalles del Contrato, y se indicará que existió una ruptura o incumplimiento del mismo.

A diferencia de las Reglas Uniformes para Garantías a Primer Requerimiento, en el *Artículo 7 (g)* se establece la obligación que el garante tiene de comunicar a su cliente que ha recibido la ejecución de la garantía, al decir que:

Al recibir una reclamación de parte del Beneficiario, el Garante enviará al Afianzado una notificación escrita de tal reclamación a la máxima brevedad posible y antes de:

- (a) *efectuar pago alguno para satisfacer total o parcialmente dicha reclamación, o*
- (b) *cumplir con el Contrato o con alguna obligación contractual estipulada en el mismo.*

Este artículo es importante, ya que al ser la responsabilidad del garante solidaria con la de su cliente, el afianzado, podrá el garante oponer al beneficiario las mismas objeciones y derechos que tenga el afianzado, por lo que es muy importante conocer la opinión de éste.

Siendo muy importantes todos estos artículos, ninguno lo es tanto como el Artículo 7 (j):

Se considerará establecido el incumplimiento:

- i. Ante la emisión de un certificado de Incumplimiento por un tercero si así lo estipula la fianza.*
- ii. Ante la emisión de un Certificado de Incumplimiento por parte del garante.*
- iii. Por sentencia o laudo arbitral provenientes de un tribunal con jurisdicción competente.*

Este Artículo 7, sobre todo el apartado i. es la mayor aportación realizada por la CCI al mundo de las garantías ya que, por una parte, éstas mantienen su accesoriadad respecto del contrato principal, pero, por otra, salvan el mayor obstáculo que los beneficiarios siempre han esgrimido contra este tipo de fianzas, que no es otro que la enorme dificultad para ejecutar estas garantías, dificultad que muchas veces termina en la vía judicial, lo que significa posponer, a veces durante varios años, la decisión final sobre la misma.

Con este Artículo, una vez que el tercero independiente, nombrado de común acuerdo por las partes al inicio del contrato, ha emitido su certificado de incumplimiento, el pago del garante se produce de forma inmediata, casi con la misma rapidez que en los casos de las garantías a primer requerimiento, sin que este pago cierre al contratista o, en su caso al propio garante, la posibilidad de acudir a posteriori al arbitraje o a los tribunales competentes.

Se trataría pues de aplicar la conocida regla de “*solve et repete*”, primero paga y después reclama.

Tan importante es este Artículo 7 (j), que las Naciones Unidas, a través de UNCITRAL – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –, en la primera versión de la Guía Legislativa para Proyectos de Infraestructura Privada (párrafo 54) decía:

Las condiciones de una fianza accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el fiador dispone asimismo de las excepciones de que pueda valerse el deudor si se le demanda por incumplimiento del acuerdo. En consecuencia, existe el riesgo de que la autoridad contratante se enfrente con una controversia prolongada al hacer una reclamación en virtud de la fianza.

A sugerencia de los aseguradores y de la propia CCI, la versión final de este párrafo (ahora el 115), dice:

Las condiciones de una fianza accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el fiador dispone asimismo de las excepciones de que pueda valerse el deudor si se le demanda por incumplimiento del acuerdo. En consecuencia, existe el riesgo de que la autoridad contratante se enfrente con una controversia prolongada al hacer una reclamación en virtud de la fianza.

En la práctica, el riesgo puede reducirse, por ejemplo, si la presentación de la demanda conforme a la caución está sujeta a un procedimiento como el previsto en el Artículo 7(j)(i) de las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales (RUFC) elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional. El Artículo 7(j)(i) de las RUFC prevé que, a pesar de que haya una disputa o diferencia entre el solicitante y el beneficiario en relación con el cumplimiento del contrato, o de cualquier obligación contractual, se considerará que hay incumplimiento en lo referente al pago en la caución de un contrato, cuando un tercero emita un certificado de incumplimiento.

El último artículo de las Reglas, el *Artículo 8*, trata sobre la *jurisdicción y solución de disputas*. Es muy importante que, tanto el contratista como el beneficiario, o contratista y garante, tengan claramente determinado cuál será la legislación aplicable, y cuáles los tribunales competentes.

Jurisdicción y solución de disputas.

- (a) La legislación aplicable será la del país que las partes elijan para el cumplimiento de la Fianza; si no se ha realizado dicha elección expresa de legislación, se aplicará aquélla por la cual se rija el Contrato principal. Toda disputa o diferencia que en razón de estas Reglas se suscite con relación a una Fianza será dirimida según la legislación aplicable.*
- (b) Toda disputa entre el Beneficiario, el Afianzado y el Garante, o entre cualesquiera de ellos con relación a una Fianza regida por estas Reglas, será dirimida de forma definitiva, salvo acuerdo en sentido contrario, según el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros designados de conformidad con dichas Reglas.*

(c) *Si en la Fianza se excluyera la aplicación de las disposiciones de arbitraje de este Artículo 8, toda disputa entre las partes de la Fianza será dirimida por los tribunales del país que se designa en la Fianza; si no hubiera tal nominación, por el tribunal competente del domicilio comercial principal del Garante o por el tribunal competente del país donde esté ubicada la sucursal del Garante que haya emitido la Fianza, a elección del Beneficiario.*

Las Reglas, por otra parte, no son un cuerpo rígido y uniforme que no admite modificaciones sino que, por el contrario, son muy flexibles, de tal manera que, al igual que con las URDG (Reglas Uniformes para Garantías a Primer Requerimiento) se pueden aplicar todos o sólo parte de los artículos, eliminando de esta forma las posibles dificultades que pudieran surgir entre las partes sobre la conveniencia o no de aplicar las Reglas tal y como están descritas.

Porcentaje de la fianza respecto al precio de contrato

Mientras que las fianzas a primer requerimiento, normalmente no superan el 5%/10% del precio del contrato, las fianzas accesorias pueden llegar hasta el 100%, o incluso más, como es el caso de Estados Unidos (aunque en la mayoría de los países no supera el 10/15%).

En las RUFCE no se menciona ningún porcentaje para la fianza y, sin embargo, parece existir un consenso en el mundo asegurador de que éste debería ser de alrededor del 30%. ¿Por qué el 30%? Fundamentalmente por dos razones, una para ofrecer un producto atractivo a los beneficiarios, y otra porque los afianzadores y los contratistas quieren evitar que se extienda la fianza modelo americano, es decir del 100% del precio del contrato que hemos mencionado anteriormente, ya que ello causaría graves problemas de capacidad en el sector asegurador.

En Japón, cuyo gobierno como hemos dicho ha adoptado las RUFCE como parte de su legislación, el porcentaje de la fianza de cumplimiento respecto al precio del contrato, es del 30%. Este porcentaje más elevado que el promedio actual y que sugerimos para las RUFCE, ofrecería ventajas para todas las partes. Para los beneficiarios porque, en lugar de una fianza a primer requerimiento del 5% ó 10%, tendrían una fianza contractual, accesorias sí, pero de un porcentaje no inferior al 30% y, al mismo tiempo, la opción del garante de poder terminar la obra por sí mismo o a través de un tercero.

Los contratistas o afianzados, eliminarían el riesgo de las ejecuciones indebidas de las fianzas, beneficio éste que también alcanzaría al propio garante que, además, como ya hemos mencionado anteriormente, en caso de incumplimiento tendría no sólo la alternativa de pagar el importe de las fianzas, sino también la de finalizar el contrato.

Los textos de las fianzas ante beneficiarios públicos no se pueden negociar, y el contratista y su garante deben ajustarse al texto que tenga dispuesto el beneficiario. En la contratación privada, el margen de maniobra es superior, y se supone que el contratista puede y debe negociar no sólo el contrato que va a formalizar, sino también la fianza que en garantía del cumplimiento del mismo se le va a emitir.

El sector asegurador debe estar atento para ofrecer a sus clientes, como alternativa a las fianzas a primer requerimiento o incondicionales, que habitualmente son de porcentajes reducidos, fianzas según las normas de las RUFC de la CCI y por porcentajes más atractivos, del orden del 30% sobre el precio del contrato y, en cualquier caso, si se vieran comercialmente obligados a emitir fianzas a primer requerimiento, intentar utilizar las URDG de la CCI que le proporcionarán una protección ante reclamaciones abusivas.

Para un profesional del seguro de Caución, es muy importante conocer las Reglas y hacerlas conocer a sus clientes. Ambos estarán mejor protegidos sin menoscabo de los derechos de los beneficiarios.

15.3. Otras reglas o convenciones

La propia CCI tiene otras reglas que contemplan aspectos relacionados con las fianzas y, entre ellas, destacaríamos las UCP (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*), relativas a los Créditos Documentarios, y las más recientes las ISP (*International Standby Practices – Usos Internacionales relativos a los Créditos Contingentes*), que se refieren a una modalidad de garantía muy extendida en los Estados Unidos por la banca. Como hemos dichos en el capítulo 14, la banca norteamericana tiene prohibida por ley la emisión de fianzas, y para sortear dicho obstáculo crearon un producto, la *carta de crédito contingente*, o en su terminología inglesa, *standby letter of credit*, que cubre un espectro mucho más amplio que el de las fianzas objeto de este libro. Como tales no son utilizadas por las compañías de seguros y realmente tampoco compiten en el mercado de las fianzas.

Las personas interesadas pueden consultar tanto las UCP como las ISP, que llevan como nº de publicación los siguientes: Publicación de la CCI nº 500 para las UCP, y Publicación de la CCI nº 590 para las ISP.

UNCITRAL – *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* – publicó una Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes, que regula conjuntamente las garantías independientes por un lado, y las cartas de crédito contingentes por otro.

La complejidad de regular en un solo texto contratos que en muchos aspectos son dispares ha producido un texto que no ha satisfecho al mercado y que hoy se encuentra pendiente de ratificación por la práctica totalidad de los estados miembros de Naciones Unidas, sin que se vea próxima ni la fecha en que lo

estará y ni siquiera si alcanzará un número significativo de ratificaciones como para que la Convención llegue a tener valor jurídico.

En el capítulo VI se mencionaba el Artículo 19 de la Convención, que es probablemente la mejor aportación que UNCITRAL ha hecho en el mundo de las garantías, al definir en qué casos el garante puede y debe oponerse al pago de una garantía, incluso si ésta es incondicional.

CAPÍTULO XVI ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES DE SEGURO DE CAUCIÓN

16. ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES DE SEGURO DE CAUCIÓN

Desde hace casi 100 años las compañías aseguradoras de Caucción y Crédito sintieron la necesidad de agruparse para compartir información, conocer el desarrollo de sus seguros más allá de sus fronteras, intercambiar experiencias, impulsar actividades educativas...

La más antigua de las asociaciones creada es la **Internacional Credit Insurance and Surety Association (ICISA)** fundada en 1926 con el nombre de International Credit Insurance Association (ICIA) que, a pesar de su nombre inicial, dio cabida en su seno a partir de los años 50 a compañías de seguros de caucción.

A la ICISA, formada fundamentalmente por compañías privadas independientes, le siguió la **Unión de Berna** y posteriormente la **Asociación Panamericana de Fianzas**.

La Unión de Berna tenía un carácter más institucional porque en su seno había, y hay, fundamentalmente compañías con capital estatal (también en la ICISA, pero en este caso de manera excepcional), que ofrecen como uno de sus servicios, a veces el único, la cobertura del riesgo político por cuenta del Estado dentro del seguro de crédito a la exportación.

La Asociación Panamericana de Fianzas, Panamerican Surety Association (APF, o PASA, en sus siglas española o inglesa respectivamente) era la única de entre las asociaciones internacionales que se creó exclusivamente para el sector privado, de tal manera que las compañías de mayoría de capital estatal hasta 2005, no podían acceder a la categoría de “miembro activo”, la de más rango en la asociación, y sólo podían ser consideradas como “miembros asociados” y, como tales, no podían optar a ocupar ningún puesto ejecutivo en la Asociación. Una modificación de los Estatutos de la APF en el año 2005 permite la admisión de compañías estatales como miembros activos, siempre que el cien por cien de las compañías del país de la solicitante, den su voto positivo a su admisión como tales “miembros activos”.

Hoy, después de algunos años de actuación individualizada, existe una sana y saludable colaboración entre las tres asociaciones internacionales que trabajan juntas en proyectos que les son comunes, y que combinan la celebración conjunta de diversos comités en aras de un acercamiento cada vez más estrecho. No es descartable que esta política de acercamiento continúe en el futuro e incluso que se puedan dar pasos hacia una integración más profunda entre las tres asociaciones, muchos de cuyos miembros son comunes.

Si tuviéramos que definir en pocas palabras a cada una de las tres asociaciones mencionadas diríamos que la ICISA es fundamentalmente una asociación europea de aseguradores de Crédito (agrupa a más del 95% del total de primas del sector) la PASA una asociación de compañías latinoamericanas de seguros de caución (de allí provienen la mayoría de sus miembros y ese es su origen) y la Unión de Berna una asociación de compañías de capital estatal dedicadas al seguro de Crédito a la exportación, fundamentalmente a la cobertura del riesgo político por cuenta del estado.

Hay otra pequeña asociación de carácter internacional, **ALASECE (Asociación Latinoamericana de Seguros de Crédito a la Exportación)**, fundada hace ya más de 25 años (1982) y que engloba a una quincena de compañías procedentes de donde su nombre indica y dedicadas a la actividad que también se recoge en el nombre de la asociación. Algunas de las compañías miembros de Alasece tienen a sus accionistas mayoritarios o únicos en Europa y casi todos sus miembros pertenecen también a la ICISA o a la PASA.

Además de estas asociaciones de ámbito internacional, existen otras muchas de carácter nacional o local. De entre ellas destacaríamos a dos:

- a) **Surety and Fidelity Association of America (SFAA)** – www.surety.org, la más grande del mundo en los seguros de caución al estar formada por más de 600 compañías de Estados Unidos, el país con mayor volumen de primas, y a gran distancia del segundo, en el seguro de caución y con gran influencia en todas sus actividades, incluida la legislativa en temas relacionados con su negocio, y
- b) **AFIANZA** – www.afianza.com.mx, en México, país con la legislación más antigua y avanzada sobre la fianza y que probablemente en el año 2014 experimentará un cambio sustancial de las reglas de juego al autorizarse por primera vez las compañías de seguros de caución. Hasta la fecha en México las compañías que emiten fianzas se llaman Afianzadoras y no son ni bancos ni compañías de seguros y han tenido el monopolio de la emisión de fianzas desde que esta figura se conoce en México. A partir de la autorización del seguro de caución compartirán dicha actividad con el sector asegurador, que deberá ser especializado en esta actividad aunque también podrá desarrollar el seguro de Crédito.

16.1. International Credit Insurance & Surety Association–ICISA

www.icisa.org

La ICISA surgió del primer congreso internacional sobre seguros de crédito que se celebró en Londres en el año 1926. La Asociación como tal fue creada en París en abril de 1928 con el nombre de International Credit Insurance Association o ICIA. Los socios fundadores fueron: Cobac de Bélgica; (actualmente Euler Hermes, Bélgica); Crédito y Caución de España (principal accionista de Atradius); Eidgenössische de Suiza (actualmente Winterthur); Hermes de Alemania (actualmente Euler Hermes); NCM de Holanda (ahora Atradius); SFAC de Francia (actualmente Euler Hermes); SIAC de Italia (actualmente Euler Hermes); y Trade Indemnity del Reino Unido (ahora Euler Hermes).

Desde su fundación, la Asociación ha seguido representando a las principales aseguradoras de crédito. Las aseguradoras de caución empezaron a afiliarse en los años 50. En el año 2001, los miembros de ICIA acordaron cambiar el nombre de la Asociación con el fin de reflejar el número creciente de aseguradoras de caución entre sus socios y desde entonces, se le conoce por su nombre actual de ICISA.

Las actividades principales de la asociación se centran en las siguientes áreas:

- Reuniones: organización de debates en el sector sobre temas importantes que nos afectan y preocupan; realización de estudios y redacción de informes sobre los temas propuestos por los miembros de la Asociación como por ejemplo el relativo a Solvencia II...
- Presión política: defensa de los intereses del sector ante organismos y entes reguladores en nuestro país y en el extranjero.
- Relaciones Públicas: fomento y difusión de los sectores de seguros de crédito y caución.
- Formación: organización de talleres y formación sobre temas relacionados con el seguro de crédito y caución.

La actividad más visible de la Asociación es su calendario de reuniones y aunque sólo los miembros de ICISA pueden asistir a las reuniones, al tratarse de temas de interés general, es normal invitar a expertos externos a participar en los debates.

La reunión más importante de la ICISA se celebra en junio y es la llamada Junta General Anual de los Asociados; se trata de una Junta General formal de los Asociados en la que, entre otras actividades, se vota la admisión de nuevos socios, la elección de cargos y la aprobación de los presupuestos.

La ICISA tiene varios comités que se reúnen y presentan sus informes durante todo el año, de acuerdo con un calendario de reuniones previamente acordado. Además de las reuniones fijadas por el calendario, se celebran reuniones especiales puntuales siempre que sean necesarias. Junto con la Unión de Berna, una asociación similar a la ICISA, organiza seminarios o talleres anuales sobre temas de interés para ambas.

La colaboración de la ICISA con la Unión de Berna no se centra únicamente en la planificación de estas reuniones: también colaboran en actividades de investigación y la creación de grupos de presión política.

Asimismo, la ICISA trabaja en colaboración con la Asociación Panamericana de Fianzas (PASA) y con la Surety Association of America (SAA), y todas ellas colaboran, entre otros, en proyectos estadísticos relacionados con los seguros de caución y crédito. PASA e ICISA están trabajando en la actualidad en un proyecto muy importante cuyo objetivo es calcular la cuantía de siniestro previsto para todos los riesgos que se suscriben actualmente en el sector (el llamado PML o siniestro máximo probable).

En sus actividades como grupo de presión que actúa en defensa de los intereses de sus miembros, la ICISA se une a otras asociaciones siempre y cuando sea conveniente. Con el fin de asegurar que su trabajo como *lobby* tenga el máximo efecto, trabaja en colaboración estrecha con muchas organizaciones internacionales como la UE, la CCI, la ONU y el Banco Mundial, entre otras.

Todos los años se organizan talleres formativos con el fin de proporcionar formación al personal de las compañías afiliadas a ICISA. Además de otros temas importantes, la ICISA ha organizado talleres sobre: el procedimiento de quiebra en los Estados Unidos de América; la suscripción de grandes riesgos corporativos en los Estados Unidos; la gestión de siniestros; la experiencia de la suscripción en Europa y en América del Norte. Los afiliados proponen los temas y la formación se imparte por expertos del sector.

El entorno empresarial dinámico en el que trabajan los afiliados de ICISA hace que ésta sea también una asociación dinámica y transparente y es gracias precisamente a esos mismos afiliados que la Asociación actualmente es más sólida que nunca.

El Presidente, el Director Ejecutivo y el Tesorero son los responsables de dirigir la Asociación. El Presidente es aconsejado por un Comité de Gestión, cuyos miembros son elegidos por los afiliados.

La Asociación tiene seis comités importantes de los que destacaríamos estos tres: el Comité para el Seguro de Crédito; el Comité para Seguros de Caución; y el Comité para Temas relacionados con la Gestión (Credit Insurance Committee, Surety Committee y Committee on Management Issues, en su terminología inglesa). Cada uno de estos comités está apoyado por otros

subcomités formados por expertos del sector que se dedican a la investigación, redacción de informes y a hacer recomendaciones.

16.2. Unión de Berna – www.berneunion.org.uk

La Unión de Berna es la principal organización internacional en el campo de los seguros de crédito a la exportación y seguros de inversión. La organización se fundó en 1934, como organización internacional sin fines lucrativos, con el objetivo de facilitar activamente el comercio transfronterizo, promoviendo y apoyando la adopción de principios sólidos aplicables en todo el mundo a los créditos de exportación e inversiones extranjeras, y creando un foro para intercambios profesionales entre sus miembros.

El papel más importante desempeñado por las compañías afiliadas a la Unión de Berna, que pertenecen tanto al sector público como al sector privado, consiste en apoyar las exportaciones e inversiones realizadas desde sus países hacia los países desarrollados o en vías de desarrollo. Este apoyo consiste en proporcionar seguros o garantías que protejan a las empresas exportadoras, y a los inversores y entidades financieras, contra los riesgos políticos o comerciales (o ambos).

De conformidad con el objetivo de la Unión de Berna de trabajar a favor de la adopción internacional de unos principios sólidos de suscripción, los miembros de la Unión de Berna se comprometen a llevar sus negocios de manera que fomenten la estabilidad y expansión del comercio mundial de forma sostenible.

Este empeño en conseguir que las exportaciones y las inversiones extranjeras se realicen basadas en unos principios sólidos es algo más que un propósito puramente altruista: se trata, además, de una buena práctica empresarial que contribuye de forma significativa al éxito de nuestro sector a largo plazo.

Los miembros de la Unión de Berna desempeñan un papel importante apoyando los flujos comerciales internacionales mediante la financiación tanto del comercio como de proyectos a gran escala; muchas veces, estas actividades las realizan en colaboración con otras instituciones financieras internacionales dedicadas a fomentar el desarrollo favorable del comercio mundial.

Desde hace unos años, muchos de los miembros de la Unión de Berna han estado creando y poniendo en práctica nuevas metodologías y procedimientos que mejoran su capacidad para garantizar su funcionamiento a largo plazo. Sus actividades cubren campos muy diversos, desde la evaluación medio-ambiental, social y ética de los proyectos hasta mecanismos para luchar contra la prevaricación en los tratados.

Los afiliados a la Unión de Berna son totalmente conscientes de la importancia de la comunicación y la transparencia, del buen gobierno y del comercio internacional basado en valores éticos muy arraigados. Una parte importante

del trabajo de la Unión de Berna consiste en el intercambio de información relacionada con estas buenas prácticas, con el fin de fomentar la aceptación y adopción de las mismas en todo el sector.

La declaración de valores de la Unión de Berna es un fiel reflejo del compromiso permanente y del trabajo de sus miembros para apoyar el comercio mundial de forma profesional, responsable y sostenible.

Es el propósito de la Unión de Berna revisar esta declaración de valores periódicamente y cuando se considere necesario, ampliarla o modificarla con el fin de que refleje los cambios existentes en la sociedad, en el sector y en la cooperación con otras instituciones influyentes.

16.3. Asociación Panamericana de Fianzas. www.apfpasa.ch

En 1972 un grupo de apenas una docena de compañías crea la Asociación Panamericana de Fianzas – APF – que, como su propio nombre indicaba, unía bajo un mismo paraguas a compañías privadas americanas especializadas en fianzas.

Con el paso de los años la APF (PASA en su denominación inglesa – Panamerican Surety Association – y acrónimo de mayor uso que el de APF) abre sus puertas primero a compañías de otros países, hasta hacerse una asociación realmente internacional. En 2011, engloba más de cien compañías de 35 países de tres continentes) y amplía su espectro para dar cabida a los aseguradores de crédito y a los reaseguradores de ambos ramos: caución y crédito.

La Asociación tiene su domicilio operativo en Buenos Aires (Argentina) y cuenta con un Presidente, dos Vicepresidentes y tres Comités: de Fianzas, de Crédito y de Formación y Estudio, a cargo de tres personas que actúan como Presidentes de los mismos y que son nombrados de entre los ejecutivos que forman la Asociación.

La APF trabaja tanto entre sus miembros como en el mercado en general, en pos de la difusión de principios de sana suscripción. A estos efectos, brinda a sus miembros un foro en el cual compartir experiencias e ideas y desarrollar los vínculos empresariales que tan cruciales son en este sector, y pone a su disposición fuentes de información especializada y oportunidades de capacitación de excelencia. Además, brega por los intereses de sus miembros y promueve el uso de estas coberturas en foros nacionales e internacionales. Los eventos anuales de la APF, considerados como el acontecimiento de mayor importancia dentro del sector de fianzas y crédito, congregan a los representantes de las compañías líderes del mercado mundial. En el programa académico de dichos eventos se analizan cuestiones de carácter general y estratégico que atañen al sector de fianzas y crédito a nivel internacional. Sus

seminarios técnicos, en cambio, abordan inquietudes e intereses planteados por las compañías, con énfasis en los aspectos técnicos de la suscripción.

Las publicaciones de la APF constituyen una de las únicas fuentes disponibles de material impreso sobre esta temática, mientras que en su página web (www.apfpasa.ch) los miembros pueden encontrar extensa información relativa al negocio.

En el ámbito educativo, la APF ha firmado convenios de colaboración con varias instituciones académicas (entre ellas la Fundación Mapfre Estudios, la Universidad de Granada, la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad de los Andes y el Instituto Universitario de Seguros de Venezuela), con las cuales trabaja en diversos proyectos.

Mediante su Programa Internacional de Capacitación, auspicia el intercambio de funcionarios entre compañías miembro para cortos períodos de entrenamiento en el exterior. La APF auspicia también el Premio Carlos Dupont, un concurso anual de ensayos sobre temas relacionados con las fianzas y el seguro de crédito abierto a todo el público.

A través de sus Comités de Trabajo, la Asociación desarrolla actividades de investigación básica y aplicada sobre cuestiones de relevancia no sólo para sus miembros sino también para el sector en general. Destacan varios formularios creados conjuntamente con la ICISA relativos a la formalización de las actividades de Fronting.

Finalmente, el Bulletin Board electrónico de la APF permite que todos los funcionarios de sus compañías miembro se consulten e intercambien información sobre temas y problemas particulares.

La política pública de la APF apunta a incrementar el conocimiento e interés públicos en las coberturas de caución y crédito, y a mejorar el marco legal en el que se encuadran dichas coberturas. Tiene por objetivo resguardar los intereses del sector y, en general, servir a sus miembros amplificando las voces de las empresas individuales en asuntos de interés sectorial. A este efecto, ha trabajado con organismos gubernamentales y supragubernamentales, incluyendo el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Cámara de Comercio Internacional y UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Guía y formularios para las reglas uniformes de la CCI para fianzas contractuales. Publicación nº 536 de la Cámara de Comercio Internacional, 1997.

Bank Guarantees in International Trade. Roeland F. Bertrams. Publicación nº 547 de la Cámara de Comercio Internacional, 1980.

Bank Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade. Norbert Horn y Eddy Wymeersel. Edit. Kluwer Law & Taxation Publishers. Boston, 1990.

Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Profesot Roy Goode. Publicación nº 510 de la Cámara de Comercio Internacional, 1992.

ICC Uniform rules on Demand guarantees. A User's handbook to the URDG. Georges Affaki. ICC Publishing, 2001.

La garantía a primer requerimiento. Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario. José Carlos Espigares Huete. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2006.

Las tendencias actuales de los contratos de garantía. Varios autores. Editorial Atelier y Fundación Mapfre.

Manual de Introducción al Seguro. Antonio Guardiola Lozano. Editorial Mapfre, 1990.

El seguro de Caución. Estudio crítico. Javier Camacho de los Ríos. Editorial Mapfre, 1994.

El seguro de Crédito en el mundo contemporáneo. Jean Bastín. Editorial Mapfre, 1978.

Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional. Varios autores. Centro de Estudios Comerciales. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1981.

El seguro de Crédito. Protección contra el incumplimiento de pago. Jean Bastín. Editorial Mapfre, 1978.

El pago de la deuda ajena. La fianza, la garantía, los fondos de garantía, etc... Jean Bastín. E.J.A. 1999.

Como interpretar un Balance. J.A. Fernández, I. Navarro. Ediciones Deusto.

Análisis de Balances. Oriol Amat. Ediciones Gestión 2000, S.A.

Predicción de la insolvencia empresarial. Coordinadores: A. Calvo-Flores Segura y Domingo García Pérez de Lema. Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas.

Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros 70/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones. F.J. Tirado Suárez. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1999.

El régimen de las garantías en la contratación administrativa. Ernesto García Trevijano. Editorial Cívitas, S.A. Madrid 1997.

Publicaciones de los Seminarios Internacionales y Asambleas Generales de la Asociación Panamericana de Fianzas.

Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento. Incluye formularios. Revisión 2010. Cámara de Comercio Internacional, publicación nº 758. Edición bilingüe español/inglés.

COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”
Instituto de Ciencias del Seguro

Para cualquier información o para adquirir nuestras publicaciones puede encontrarnos en:

FUNDACIÓN MAPFRE
Publicaciones
Paseo de Recoletos 23 – 28004 Madrid – (España)
Telf.: + 34 915 818 768 Fax: +34 915 818 409
www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

- 175. El seguro de Caución. 2012
- 174. La Contabilidad y la DEC de los corredores de seguros y fondos y planes de pensiones. 2012
- 173. El seguro de Vida en América Latina. 2011
- 172. Gerencia de riesgos sostenibles y Responsabilidad Social Empresarial en la entidad aseguradora. 2011
- 171. Investigaciones en Seguros y Gerencia de Riesgos. 2011-09-16
- 170. Introdução ao Resseguro. 2011
- 169. La salud y su aseguramiento en Argentina, Chile, Colombia y España. 2011
- 168. Diferencias de sexo en conductas de riesgo y tasa de mortalidad diferencial entre hombres y mujeres. 2011
- 167. Movilización y rescate de los compromisos por pensiones garantizados mediante contrato de seguros. 2011
- 166. Embedded Value aplicado al ramo No Vida. 2011
- 165. Las sociedades cautivas de Reaseguro. 2011
- 164. Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación. 2011
- 163. El riesgo de tipo de interés: experiencia española y Solvencia II. 2011

162. I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología. 2011
161. La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de la longevidad. Reflexiones bioéticas. 2011
160. Actividad aseguradora y defensa de la competencia. La exención antitrust del sector asegurador. 2011
159. Estudio empírico sobre la tributación de los seguros de vida. 2010
158. Métodos estocásticos de estimación de las provisiones técnicas en el marco de Solvencia II. 2010
157. Introducción al Reaseguro. 2010
156. Encuentro Internacional sobre la Historia del Seguro. 2010
155. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. 2010
154. El Seguro de Crédito en Chile. 2010
153. El análisis financiero dinámico como herramienta para el desarrollo de modelos internos en el marco de Solvencia II. 2010
152. Características sociodemográficas de las personas con doble cobertura sanitaria. Un estudio empírico. 2010
151. Solidaridad impropia y seguro de Responsabilidad Civil. 2010
150. La prevención del blanqueo de capitales en las entidades aseguradoras, las gestoras y los corredores de seguros. 2010
149. Fondos de aseguramiento agropecuario y rural: la experiencia mexicana en el mutualismo agropecuario y sus organizaciones superiores. 2010
148. Avaliação das Provisões de Sinistro sob o Enfoque das Novas Regras de Solvência do Brasil. 2010
147. El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud: análisis actuarial de su impacto y alcance. 2010
146. Investigaciones históricas sobre el Seguro español. 2010
145. Perspectivas y análisis económico de la futura reforma del sistema español de valoración del daño corporal. 2009

144. Contabilidad y Análisis de Cuentas Anuales de Entidades Aseguradoras (Plan contable 24 de julio de 2008). 2009
143. Mudanças Climáticas e Análise de Risco da Indústria de Petróleo no Litoral Brasileiro. 2009
142. Bases técnicas dinámicas del Seguro de Dependencia en España. Una aproximación en campo discreto. 2009
141. Transferencia Alternativa de Riesgos en el Seguro de Vida: Titulización de Riesgos Aseguradores. 2009
140. Riesgo de negocio ante asegurados con múltiples contratos. 2009
139. Optimización económica del Reaseguro cedido: modelos de decisión. 2009
138. Inversiones en el Seguro de Vida en la actualidad y perspectivas de futuro. 2009
137. El Seguro de Vida en España. Factores que influyen en su progreso. 2009
136. Investigaciones en Seguros y Gestión de Riesgos. RIESGO 2009.
135. Análisis e interpretación de la gestión del fondo de maniobra en entidades aseguradoras de incendio y lucro cesante en grandes riesgos industriales. 2009
134. Gestión integral de Riesgos Corporativos como fuente de ventaja competitiva: cultura positiva del riesgo y reorganización estructural. 2009
133. La designación de la pareja de hecho como beneficiaria en los seguros de vida. 2009
132. Aproximación a la Responsabilidad Social de la empresa: reflexiones y propuesta de un modelo. 2009
131. La cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación en España: cuestiones prácticas-jurídicas. 2009
130. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio legislativo. 2009
129. Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo. 2009
128. Cuestiones sobre la cláusula cut through. Transferencia y reconstrucción. 2008

127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008
124. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento bootstrap. 2008
123. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008
120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008
119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2008
118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financeiros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007
115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007
113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007

111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El Fair Value de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIC y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006
102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006
101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos "ART": situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?. 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político?. 2005
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005

91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004
83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004
81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004
80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002

72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002
71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001
63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001
61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001
60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A. 2000

51. Seguridades y riesgos del joven en los grupos de edad. 2000
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999
48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999
46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
45. Los Impuestos en una economía global. 1999
42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998
41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998
39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997
38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía. 1997
32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996
31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996
30. El tiempo del directivo. 1996

29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996
28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
25. El reaseguro financiero. 1995
24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993
22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994
21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
19. Una teoría de la educación. 1994
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994
16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de controlling estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992

6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991

ÚLTIMOS LIBROS PUBLICADOS

Modelo de proyección de carteras de seguros para el ramo de decesos. 2011

Desarrollo comercial del seguro colectivo de dependencia en España. 2010

La mediación de seguros en España: análisis de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2010

Museo del Seguro. Catálogo. 2010

Diccionario MAPFRE de Seguros. 2008

Teoría de la credibilidad: desarrollo y aplicaciones en primas de seguros y riesgos operacionales. 2008

El seguro de caución: una aproximación práctica. 2007

El seguro de pensiones. 2007

Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil. 2006

Diccionario bilingüe de expresiones y términos de seguros: inglés-español, español-inglés. 2006

El seguro de riesgos catastróficos: reaseguro tradicional y transferencia alternativa de riesgos. 2005

La liquidación administrativa de entidades aseguradoras. 2005

INFORMES Y RANKINGS

Desde 1994 se publican anualmente estudios que presentan una panorámica concreta de los mercados aseguradores europeos, de España e Iberoamérica y que pueden consultarse en formato electrónico desde la página Web: www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

- Mercado español de seguros
- Mercado asegurador de Iberoamérica
- Ranking de grupos aseguradores europeos
- Ranking de grupos aseguradores iberoamericanos