

RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN LA SUPERFICIE POR EL RUIDO Y EL ESTAMPIDO SÓNICO

**PATRICIA M. PUGLIA
DANIEL E. RAMA
ROSA QUINTANA**

1. ANTECEDENTES

Por muy conocidos resulta superfluo enumerar los inconvenientes y dificultades que provocaron en los terceros superficialarios el uso de las primeras aeronaves. Posteriormente la ciencia de la construcción de aeronaves permitió la utilización de las de mayor capacidad por el empleo de motores e instrumentales más potentes hasta culminar con la explotación cotidiana y corriente de los aviones con motores a reacción. Este adelanto y el producto de esa misma técnica avanzada, la futura e inmediata utilización comercial de los aviones supersónicos, hacen reaparecer aquellas dificultades iniciales, agravadas con el perjuicio indiscriminado que provocan las ondas de los potentes motores a reacción.

Los problemas del ruido de las aeronaves, "hoy fatalmente unido al vuelo de los aviones tipo jet", deben ser valorados según sus particularidades y circunstancias pudiendo derivar desde una simple molestia hasta constituirse en el motivo dañoso de un perjuicio cierto y real. Asimismo, deberán distinguirse por los lugares donde se produzcan los daños, según sea en las proximidades de los aeródromos o alejados de ellos.

En las proximidades de los aeródromos, el uso de aeronaves con motores a reacción provoca problemas de carácter operativo en quienes participan de la actividad aviatoria

y problemas de consecuencias dañosas en terceros ajenos a ésta. Los primeros se dan porque el avión necesita de aeródromos con pistas más largas y más resistentes, porque vuela más tiempo próximo a tierra antes de ganar altura o de aterrizar. En cambio, las consecuencias dañosas derivan del ruido que originan sus potentes motores, que pueden provocar perjuicios en la salud de las personas o en sus intereses, generalmente cuando se encuentran próximos o adyacentes a los aeródromos.

Los perjuicios que provocan dichas aeronaves en los lugares alejados de los aeródromos dejan de ser los de tipo operativo para limitarse a los de orden económico y, eventualmente, personales, potencialmente cada vez más reducidos en virtud de la mayor altura en que se desplazan.

Estas situaciones han llevado a las empresas y a los técnicos interesados a estudiar y experimentar los medios para suprimir o disminuir los ruidos de los motores a retropropulsión. Paralelamente, llevan también a que el jurista y el legislador traten de resolver, científica y jurídicamente, la responsabilidad resultante.

2. DEFINICIONES

Resulta difícil definir el ruido provocado por las aeronaves, conocido por *bruit des avions*, en francés, o como *rumore*, en italiano.

Señala Anderson que "todos los ruidos son sonidos pero no todos los sonidos son necesariamente ruidos. El sonido es un fenómeno físico. Es una forma de energía, transmitida por medio de ondas, que puede ser generada, recreada, medida y analizada". El ruido no es más que una de las consecuencias de la utilización del motor a reacción.

En el análisis particular del ruido, debe destacarse que su nota característica reside en la potente, aguda y desagradable sensación que provoca en el ser humano y animal, y que origina, con su secuela de perjuicios, la responsabilidad del operador de la aeronave que lo produce y que compete estudiar al jurista y al legislador.

En cambio el estampido sónico se distingue del ruido en que solamente se produce cuando la aeronave atraviesa la barrera del sonido, impulsada a una velocidad supersónica. Es el producto de ondas a notable presión cuando la aeronave vuela a baja altura y a notable velocidad.

Se diferencia de la explosión en que ésta está referida a un estallido o expansión seguida por una repentina liberación de la presión, que va menguando paulatinamente. Contrariamente el estampido sónico no disminuye la velocidad de la aeronave que lo produce ni la presión de los gases de sus reactores. Silvia Campini y María E. Suárez de Arnedo dan los siguientes conceptos:

a) *Sonido*

Es el fenómeno físico que es captado por el oído humano y producido por un movimiento vibratorio. Los sonidos se diferencian unos de otros: hay sonidos fuertes, débiles, agudos, graves. Estas diferencias se deben a tres características del sonido:

- 1) *Intensidad*. Depende de la amplitud de la vibración.
- 2) *Altura*. Está dada por la frecuencia de la vibración, entendiéndose por frecuencia el número de oscilaciones completas que se realizan en un segundo.
- 3) *Timbre*. Es la naturaleza de la vibración revelada por la forma de la onda.

b) *Ruido*

Es el sonido inarticulado y confuso más o menos fuerte.

Según los expertos del Comité Jurídico de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), el ruido es el resultado de la transmisión de la energía a través del aire, por medio de ondas sonoras y entienden por estampido sónico la energía transmitida a través del aire por ondas de presión.

Los especialistas para valorar el ruido lo hacen según la escala logarítmica que tiene por unidad el decibelio. Se ha logrado un acuerdo internacional respecto de la adopción de una escala de medidas para determinar el ruido de los aviones. El decibelio (dB) es la unidad base y la certificación acústica de las aeronaves viene expresada en EPNdB (*effective perceived noise decibel*) es decir nivel efectivo de ruido percibido. El ruido anormal es el que se causa por incumplimiento de las disposiciones aplicables (anexo 16, Convenio de Chicago de 1944).

Según Cosentino, en la perspectiva global del ruido y del estampido sónico presenta rasgos particulares que han provocado un tratamiento jurídico diferenciado. Este fe-

nómeno acústico del estampido sónico se genera con motivo de la superación de la barrera del sonido, provocando grietas en las paredes, daños en vidrios o cristalería fina, turbaciones en establecimientos de cría de animales de categoría y, en general, distintos perjuicios que afectan las actividades o patrimonio del tercero superficiario.

La corriente jurisprudencial de tribunales nacionales y extranjeros insinúa una tendencia, que sustenta la aplicación del sistema consagrado en las legislaciones internas y la internacional para resarcir los daños causados a terceros en la superficie. Esta orientación se reflejó en la votación indicativa del XXI Período de Sesiones del Comité Jurídico, celebrado en Montreal en octubre de 1974, en el que se dispuso que el fundamento de la reparación por los perjuicios ocasionados por el estampido sónico debía ser de naturaleza objetiva.

3. Perjuicios

La contaminación ambiental, o sea, la del aire, la de las aguas y la de la atmósfera, debe incluir el ruido que tiene nocivas consecuencias sobre los seres vivos.

Las aeronaves producen ruidos de distintos tipos provenientes del accionamiento de sus distintos mecanismos, en particular de sus plantas motrices. Las plantas motrices producen ruido que por su nivel puede resultar nocivo, lo que nos conduce a referirnos a los momentos de descolaje y aproximación de las aeronaves.

El ruido de las aeronaves propulsadas por turbo reactores resulta principalmente de la turbulencia que se produce cuando los gases de escape se mezclan con la atmósfera y aumenta en proporción a la velocidad del chorro.

El nivel de ruido puede ser reducido:

- a) Si se actúa de modo de facilitar la mezcla de los gases de escape, que salen a considerable velocidad.
- b) Si la velocidad del chorro en relación con la atmósfera es reducida de algún modo.
- c) Ambas soluciones.

La partida o aproximación de una aeronave del o al aeródromo debe hacerse en el espacio aéreo navegable determinado por los ángulos de ascenso y descenso correspondientes, por las condiciones meteorológicas, por el tipo de

cada aeronave y hasta por la misma naturaleza del terreno. Estas circunstancias llevan, necesariamente, a la corriente servidumbre de los terceros superficiarios que "ha sido establecida sin indemnización en provecho del propietario". Siendo así, parecería imposible poder evitar los perjuicios que el ruido de las aeronaves pudiera ocasionar a los vecinos de los aeródromos o aun, a quienes residan en sus proximidades o transiten por ellas. Esto es, que los terceros superficiarios no individualizados y, eventualmente, comunidades enteras pueden ser los destinatarios de dichos perjuicios por el modo y características de su producción.

El ruido y el estampido sónico pueden provocar:

- a) Incomodidad o molestias en las personas o seres vivos.
- b) Evidente perjuicio en la salud de las personas o en sus bienes, comercios, explotaciones, etc., interfiriendo en el goce que de ellos tenían.

En ambas situaciones la incomodidad resultante se conoce como nuisance con la diferencia de que la primera es de tan pequeña entidad, en el tiempo y en sus efectos, que termina por resultar tolerable, no resarcible y de fácil asimilación.

Los efectos perjudiciales de la segunda pueden ser tan numerosos y disímiles que es difícil su clasificación. Referente a la salud, su incidencia más generalizada será la que afecte al oído humano cuando llega a superarse la barrera del sonido.

4. CONVENIO DE ROMA

Hasta la fecha y pese a los esfuerzos de la industria aeronáutica que ha intentado atenuarlos en lo posible, la nuisance derivada de su uso resulta inevitable, porque es el producto del necesario y complejo fenómeno físico que provoca; se deduce que los daños que ocasiona esta actividad conforma un hito más en el necesario camino del progreso. El perjuicio que proviene del uso de las aeronaves con motores a reacción resulta entitativamente menor al progreso que trae aparejado; por esta razón el legislador debió optar por su aceptación legal dentro de determinadas condiciones.

Este criterio es el que predominó en la reunión del Comité Jurídico de la OACI, realizada en México para el estu-

dio y revisión de la Convención de Roma de 1933, que habría de llevar, precisamente, junto con las reuniones llevadas a cabo en Montreal, en 1949 y en Taormina, en 1950, al texto definitivo del Convenio de Roma de 1952, donde quedó expresamente entendido, al igual que en la Conferencia diplomática donde se aprobara, que se excluía del régimen que normaba, el de daños a terceros en la superficie, los provocados por el ruido de los motores de las aeronaves como por el desplazamiento del aire por sus hélices.

El expreso texto del art. 1º, inc. 1º *in fine*, del Convenio de Roma de 1952, que respondía a su vez a la elaboración consagrada en la Convención de Roma de 1933, lapidaba cualquier intento de indemnización al expresar "sin embargo, no habrá lugar a reparación si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado o si se deben al simple hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo de conformidad con los reglamentos de tránsito aéreo aplicables".

Señala Cosentino que de las deliberaciones del Subcomité Jurídico, se hizo patente que no todo daño es resarcible. En seguimiento de la orientación registrada en el seno del "21 Período de Sesiones del Comité Jurídico", Japón cursó una nota en la que se discierne entre el daño causado por impacto o daño material y el perjuicio inmaterial. Este Estado puntualizó que el explotador debe cargar con el daño material, comprensivo de las lesiones corporales, rotura de vidrio de las ventanas, alojamiento del tejado, grietas en las paredes y avalanchas. Por el contrario la deformación de la imagen televisiva, o las neurosis, irritaciones y depresiones u otros trastornos análogos, no generaría obligación jurídica de indemnizar.

Este criterio limitativo debe coordinarse con la determinación de una relación causal propia, en la que exista un nexo manifiesto entre el hecho productor y el perjuicio. Precisamente, la línea de pensamiento predominante desecha la causación concurrente que se funda en el daño cumulativo, que se genera en una serie de incidentes sucesivos, admitiendo en cambio el daño no cumulativo en el que la conexión causal deriva de un incidente único, claramente escindible del complejo de la realidad social.

Este esquema de responder, que reposa en un orden subjetivo, permite la instauración de nuevas causales exonerativas, fruto de circunstancias particulares en las que el explotador debe reparar los perjuicios producidos por el

ruido. El proyecto LATA propone que cuando el daño derive de las condiciones meteorológicas, de la aplicación de las normas de seguridad o de una insuficiencia de la información suministrada por las agencias de control de tránsito aéreo, se libere de responsabilidad al explotador. Trátase de situaciones específicas de caso fortuito o fuerza mayor, que se mueven fuera del campo de la previsibilidad del operador de la aeronave y por tanto no le son imputables en un sistema de responsabilidad que se funda en la culpa.

Por lo tanto, para Cosentino, el régimen de responsabilidad por daños ocasionados por el ruido o el estampido sónico escapa a la órbita del régimen de los daños a terceros en la superficie, mereciendo por tanto una construcción autónoma, que podrá instrumentarse en el orden internacional a través de un Protocolo adicional al Convenio de Roma de 1952.

Para Videla Escalada, si se incluye en el régimen del convenio la reparación de los daños producidos por el ruido y el estampido sónico, deberán aplicarse a su respecto las normas de aquél en toda su extensión, con la consiguiente vigencia del sistema objetivo, mientras que si se juzga que éste resulta excesivamente severo para tales casos y se prefiere adoptar otro criterio, será necesario redactar un convenio especial que los contemple. El sistema objetivo consiste en que la fuerza mayor no debe funcionar como causa de exención de la obligación de resarcir que corresponde al explotador, quien debe soportar las consecuencias de su actividad, aun cuando no se le pueda imputar culpa alguna.

Considera Simone las decisiones del Comité Jurídico: a) rechazar el criterio de que las normas que regulan la responsabilidad del explotador de aeronaves por daños causados por el ruido deben dejarse para que sean resueltas por las legislaciones nacionales; b) rechazar la posibilidad de que esa responsabilidad sea regulada por el Convenio de Roma; c) iguales denegatorias a las expresadas en a) y b), con respecto a los daños causados por el estampido sónico.

Esto lleva a la necesaria consideración y valoración del nuevo instrumento legal internacional. Los posteriores debates y propuestas habidos sobre el tema, en el seno del subcomité, habilitan a creer que la sanción de ese nuevo instrumento legal llevará a una forzosa realidad polivalente, que puede resumirse en las siguientes secuelas:

a) Que deberá reformarse el Convenio de Roma para excluirse expresamente los daños derivados del ruido y del

estampido sónico a fin de evitar la posibilidad de un razonamiento *a contrario sensu*.

b) Que la sanción de esa reforma deberá coincidir con la del nuevo instrumento legal internacional que regule las obligaciones derivadas del ruido y del estampido sónico de las aeronaves.

c) Que la suscripción de ambos cuerpos legales deberá ser simultánea para evitar el forzoso interregno que se produciría entre uno y otro, en las materias referidas, al carecerse de regulación internacional en dicho período.

d) Que el nuevo instrumento sobre el ruido y el estampido sónico deberá contener los debidos conceptos sobre su ámbito de aplicación, régimen de responsabilidad, determinación de la persona responsable, limitación y exoneración de esa responsabilidad, cualificación y cuantificación del daño, etcétera.

e) Que muchos de los conceptos señalados en d) llevarán a la necesaria adopción o repetición de los que contiene el Convenio de Roma sobre ellos.

Esta conclusión se ve ratificada por las propias consideraciones vertidas por el Subcomité Jurídico al expresar que, de no disponer de mucha más información y de no estudiarse la cuestión más a fondo, la situación no se presta a la redacción de un nuevo instrumento sobre la responsabilidad por los daños causados por el ruido y el estampido sónico y al agregar: el Subcomité constató que no es posible a su nivel obtener un consenso suficientemente firme que permita la elaboración de un proyecto de convenio, ni siquiera de variantes posibles.

Desde otra perspectiva, la simultaneidad de las reformas al Convenio de Roma con la sanción del nuevo instrumento legal sobre el ruido y el estampido sónico y la utilización por éste de preceptivas contenidas en aquél, según se dijera, llevan a la conclusión de que la técnica legislativa empleada no resulta la más adecuada. No deberá olvidarse la posibilidad, cierta o no pero factible, de que pueda entrar en vigencia uno solo de los convenios referidos en lugar de los dos, como ocurre ahora con la distímil ratificación de Varsovia, Varsovia - La Haya y Varsovia - La Haya - Guatemala.

Esta circunstancia lleva a pensar si no hubiera sido más adecuado trabajar solamente en la reforma del Convenio de Roma, sin pensar en el dictado de un nuevo instrumento legal, incluyendo las preceptivas adecuadas sobre el ruido y

el estampido sónico (concepto, legitimación, limitación, etcétera).

5. SOLUCIONES

Se produce un enfrentamiento entre el sistema de responsabilidad común extracontractual con el de tipo objetivo que fuera adoptado por el régimen de responsabilidad aeronáutica para los daños ocasionados a terceros en la superficie.

En el derecho común, el concepto de daño tiene una resultante económica, prejurídica, de la que su antijuridicidad depende de distintas modalidades culposas de la conducta humana. Esta conducta es la que adquiere relevancia jurídica, tipificada por su grado de injusticia, en la responsabilidad de su autor para compensar el menoscabo ocasionado.

El daño injusto resulta entonces el fundamento de la responsabilidad civil. Para valorarlo, la conducta culposa del inculpaado proporciona la medida de esa responsabilidad.

Por oposición, en los sistemas de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, como el adoptado por la Convención de Roma, de 1933 para los daños a terceros en la superficie, reiterado en el Convenio de 1952 y seguido por las distintas legislaciones aeronáuticas nacionales, la culpa ha dejado de ocupar el lugar de preeminencia que se le reconocía y de constituir la medida de la responsabilidad. Interesa valorar más la necesidad del acto y el progreso que trae aparejado, en la especie la de la actividad aviatoria, que la peligrosidad consiguiente de su ejercicio. De este modo, esa necesidad determina el nacimiento de una responsabilidad limitada sin necesidad de fundamentarla en la culpa. Se concilian, así, los distintos intereses en juego y, sobre todo, el interés general.

Referido a la actividad aeronáutica, el sistema de limitación por daños a terceros en la superficie supone la aplicación ante los riesgos inevitables. Determina ante la dificultad de la prueba, que quien obtiene el provecho responda a la carga. Ello lleva a que el perjudicado deba probar solamente el daño sufrido y la relación de causalidad entre el perjuicio invocado y la actividad inculpada.

Esta nueva realidad legislativa deja a un lado el régimen común de responsabilidad subordinando la injusticia del daño al interés general que promueve la actividad aeronáutica. La limitación de la responsabilidad es la contrapartida

necesaria para posibilitarla. De tal forma, la responsabilidad se aleja del común sistema de atribuirle la culpa al nacimiento de la obligación, para centrarse en el hecho dañoso y en el sujeto imputado sin referencia a la antijuridicidad de su conducta. La evaluación sincera de ambos sistemas de responsabilidad, en su posible aplicación por los daños que ocasione el ruido de las aeronaves, retrotrae la cuestión al examen de las mismas razones que justificaron la adopción del sistema de responsabilidad objetiva por la Convención de Roma, desechando el del derecho común.

La solución de los perjuicios producidos por el ruido de los motores de las aeronaves, a través de la adopción del mismo sistema de responsabilidad extracontractual aeronáutica para los daños sufridos por los terceros en la superficie, posibilitará las siguientes consecuencias: llevará al tercero perjudicado a demostrar solamente que el perjuicio sufrido deriva del ruido de la aeronave que señale, sin necesidad de tener que establecer ni probar las negligencias e inconductas en que pudieran haber incurrido el explotador de esa aeronave y sus dependientes. Por contrapartida y ante la relativamente fácil admisibilidad del reclamo, posibilitará que responsable y perjudicado sepan con anticipación los márgenes dentro de los cuales verán limitada, previa y cuantitativamente, su obligación y resarcimiento, respectivamente.

6. SOLUCIÓN DEL CÓDIGO AERONÁUTICO

El Código Aeronáutico argentino establece la indemnización por el ruido de las aeronaves y la incluye dentro del capítulo que trata de los "Daños causados a terceros en la superficie". Lo hace con un agregado al art. 155 condicionando su procedencia a través de una forma adjetival. Dice "la persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a reparación en las condiciones fijadas en este Capítulo, con sólo probar que los daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída o arrojada de la misma o del ruido anormal de aquélla".

La aceptación de un ruido anormal producido por los motores de las aeronaves para la procedencia del régimen indemnizatorio previsto en el art. 155, supone la necesaria existencia legal de otro ruido, el normal.

El distingo entre esos ruidos se refiere al cumplimiento de las reglamentaciones dictadas por la autoridad aeronáu-

tica correspondiente para el tránsito aéreo, en el espacio navegable y en las velocidades predeterminadas, con la fijación de los ángulos de penetración, tanto en el ascenso como en el descenso, atendiendo a cada tipo de aeronave, a la naturaleza del terreno y a las condiciones meteorológicas reinantes.

La diferencia entre nuestro Código y la Convención de Roma es notoria; mientras en el convenio se puede sostener la presunción de una reparación indemnizatoria, por el art. 155 del Código argentino se sanciona expresamente la responsabilidad por los daños derivados del ruido anormal y, paralela y consecuencialmente, la admisión y tolerancia de los que se consideren normales en aras del interés general que promueve la actividad aeronáutica.

Por lo tanto es necesario distinguir:

a) *Ruido normal.* La calificación de normalidad en el ruido producido por las aeronaves no excluye la posibilidad de que produzca un efecto dañoso en las personas y cosas ajenas. En tanto ese ruido normal solamente produzca una incomodidad o molestia en las personas o seres vivientes, o una interferencia en el goce de los bienes, deberá ser soportado como una restricción o limitación en el satisfactorio y pasible vivir. Será una limitación a la complacencia, al bienestar o agrado de vida que se verá trastocada por imperio de un interés superior, que es de la esencia de la actividad aeronáutica.

La aceptación legal de ese ruido normal hace que deba asimilársela a las limitaciones al dominio previstas en el derecho aeronáutico en favor de la circulación aérea. Si bien es cierto que éstas se refieren a las limitaciones al dominio de los propietarios, cuyos fundos estén comprendidos en los límites de las superficies imaginarias determinadas por la seguridad del vuelo, la limitación aquí referida se impondrá a todo ser humano, sea o no propietario.

b) *Ruido anormal.* Se dará cuando se produzca en exceso o con violación del que se determine como normal.

Esta necesidad de diferenciar el ruido normal del anormal está dada porque en la Exposición de motivos, los redactores del nuevo Código Aeronáutico solamente señalaron que "la responsabilidad puede surgir... por el ruido anormal de la aeronave", sin indicar el límite a partir del cual el ruido que ella produjera debía ser considerado como "anormal". Tampoco lo hicieron en la nota al mismo art.

155, donde después de expresar que el "artículo contempla la reparación... de todos los daños, que sufren los terceros en la superficie, incluidos los que provengan del ruido anormal de las aeronaves", referencian tan sólo la innovación que implica dicha norma con respecto al Convenio de Roma de 1952 y la consagración que hace del "espíritu" que presidió las deliberaciones de la reunión del Subcomité celebrada en Oxford, en marzo y abril de 1966.

Estas circunstancias hacen evidente la laguna del *corpus iuris*, por lo tanto, hay que remitirse necesariamente a las dos únicas posibilidades para completar esa laguna:

- 1) Por el dictado de un decreto o norma reglamentaria.
- 2) Por el arbitrio judicial.

La primera solución tiene la ventaja de poder derogar cualquier límite que se fijare para establecer otro más adecuado, sin la necesidad de la observancia de las formalidades legislativas, cuando el avance de la técnica de la construcción de aeronaves o por la adaptabilidad humana y la comprobación de los riesgos lo hicieran aconsejables. La construcción de nuevos y más poderosos elementos mecánicos y la generalización del empleo de aeronaves con motores a reacción subsónicos llevarán a la necesaria adecuación del límite entre el ruido normal y el anormal y se repetiría, en un futuro próximo, con el uso comercial de los aviones supersónicos.

En cambio, la remisión al arbitrio judicial para la fijación del límite de separación entre los ruidos normales y los anormales de las aeronaves, supone la necesidad de que el juzgador deba considerar y evaluar las circunstancias fácticas de modo, tiempo y lugar en cada caso para poder llegar al límite que estime razonable. En tal caso, será ésta una frontera relativa, no uniforme y que, posiblemente, variará según la autoridad judicial competente ante la cual se interte el reclamo por ausencia de una casación que lo evite.

7. SEGURO OBLIGATORIO

El Código Aeronáutico en su art. 192 obliga al explotador a contratar un seguro o a constituir un depósito en efectivo o en títulos nacionales o a obtener una garantía bancaria por su responsabilidad, en los límites que fija el Título VII.

Esta circunstancia hace que deba extenderse la posibilidad de asegurar, también, su obligación por los perjuicios

derivados del ruido anormal de la aeronave que explote. Se abre así una perspectiva de institucionalizar un nuevo tipo de seguro, cuya razón de ser resultará de la concurrencia del sentido axiológico propio del seguro y de los caracteres que le acuerde el mismo derecho aeronáutico.

Las particularidades que debiera contener este nuevo tipo de seguro son:

a) Experiencia y bases técnicas: la experiencia habida en el país para poder tipificar la nueva cobertura es nula y los antecedentes extranjeros son relativos y poco numerosos. También será necesario analizar y concretar las resultantes jurídicas que derivarán de él.

b) La ley de seguros argentina: ésta reforma al Código de Comercio. En su art. 157 señala que "las disposiciones de este título se aplican a los seguros marítimos y de la aeronavegación, en cuanto no esté previsto por las leyes específicas y no sean repugnantes a su naturaleza".

c) Seguro de responsabilidad o seguro por cuenta de quien corresponda:

1) Como el seguro al que obliga el art. 192 del Cód. Aeronáutico tiende a resarcir los daños de los terceros producidos por el ruido anormal de las aeronaves, el seguro deberá pactarse en favor, en beneficio de esos mismos terceros perjudicados, resultando del tipo de los nominados como seguro por cuenta de quien corresponda.

2) De aquí se desprende que el interés asegurable no sería el del explotador de la aeronave causante del perjuicio, por su responsabilidad resultante, sino la relación de tipo económico, del mismo tercero hacia la cosa que resultó dañada por el ruido anormal.

3) Aunque el referido art. 192 obligue al explotador a constituir el seguro y a pesar de que la póliza deberá ser extendida a su nombre, los verdaderos asegurados resultarán ser los terceros superficiarios damnificados, innominadamente, en lugar del explotador, en virtud de lo expresado precedentemente.

4) El riesgo asegurado será la posibilidad misma de los daños que pudieran sufrir los terceros, sean personales o en sus bienes.

5) El o los terceros damnificados resultarán los verdaderos titulares del seguro permaneciendo indeterminados,

así como sus respectivos intereses asegurables, hasta el momento del siniestro.

8. LEGISLACIÓN COMPARADA

El derecho comparado destaca sus similitudes y diferencias en el afán de lograr un común denominador legislativo que los sistematice.

Los antecedentes legislativos deberán agruparse según que los ordenamientos nacionales contemplen, aunque sea parcialmente, el problema en estudio y los que, adhiriendo a la tesis observada por el Convenio de Roma de 1952, sea repitiendo sus normas o siguiendo sus lineamientos, no lo focalizan expresamente.

a) En los Estados Unidos de América no se ha dictado aún una ley federal que contemple, específicamente, la justa reparación por los daños producidos por el ruido de las aeronaves, no obstante lo cual, se han sancionado distintas ordenanzas municipales que regulan localmente la cuestión.

b) En Inglaterra, desde 1920 se excluían legalmente las reparaciones de los daños causados por el ruido de las aeronaves. Se fundamentaba en la *Air Navigation Act*, cuya sección 9, I, disponía la improcedencia de cualquier reclamo por *trespass* o por *nuisance* por el simple pasaje de las aeronaves sobre los fundos vecinos, siempre que la altura de vuelo hubiere sido normal por la observancia de los reglamentos o en consideración al viento, a las condiciones meteorológicas o a otras circunstancias.

Posteriormente como la *Crown Proceeding Act* de 1947, tornaba dudosa su aplicación para las aeronaves militares en los aeródromos, durante el año 1949 se promulgó la *Civil Aviation Act*, que repetía las disposiciones de la *Air Navigation Act* con un agregado que la hace más explícita: ninguna acción podría ser intentada por *nuisance* debida al ruido o vibración de las aeronaves en un aeródromo si las disposiciones reglamentarias eran debidamente observadas.

Más tarde, en 1954, se dictó la *Air Navigation Order*, que dispuso la facultad ministerial para establecer las condiciones según las cuales deberían ser admitidos, sin posibilidad de reclamos, los ruidos y vibraciones producidos por aeronaves privadas y militares en los aeródromos gubernamentales, en los autorizados o en aquellos donde se proce-

diera a la construcción, reparación o mantenimiento de las aeronaves.

En definitiva, según surge del ordenamiento legal referido, en Inglaterra se excluye la reparación por los daños derivados del ruido de las aeronaves en momentos de producirse su aterrizaje, "decolaje" o durante sus movimientos en tierra o en agua al inicio o al término de cada vuelo o, aun, para su reparación.

c) El art. 264 de la ley general de aviación civil de Costa Rica, dictada el 7 de abril de 1962 y el art. 1180, parte 1ª, del Cód. Aeronáutico de la República del Paraguay, sancionado el 30 de setiembre de 1957, son ejemplos de las legislaciones que siguen los lineamientos del Convenio de Roma de 1952.

d) Otras legislaciones, que tampoco han previsto expresamente la cuestión, imponen a los terceros la obligación de soportar la navegación aérea, a través de la tolerancia de las operaciones normales de la aeronave. Entre ellas, la ley de navegación aérea española en sus arts. 4º y 119 y el Código de Ar de los Estados Unidos de Brasil en su art. 110, y en la ley 622 del Principado de Mónaco en su art. 33.

e) En la República Federal Alemana el problema se encuentra contemplado en su ley de aviación civil; el art. 2º establece que la idoneidad de la aeronave se dará cuando su equipamiento sea tal que el ruido que produzcan sus motores no exceda la intensidad que los niveles técnicos determinen como inevitables. El explotador de las aeronaves, y no del aeródromo, resultará responsable por los daños a los terceros superficiarios.

Idéntico principio contiene el art. 37 de la ley de aviación civil de Alemania Oriental.

9. CONCLUSIÓN: EL RUIDO, UN PROBLEMA TÉCNICO Y JURÍDICO

El ruido de origen aeronáutico es otro de los contribuyentes a la contaminación ambiental por las secuelas nocivas que deja en los seres vivos que habitan en torno de los aeropuertos de gran movimiento. Los sonidos perjudiciales provienen abrumadoramente de las plantas motrices, y con mayor precisión, en los momentos del despegue y de la aproximación.

El ruido es un movimiento vibratorio que se transmite a través de un medio elástico, y en el aire produce las denomi-

nadas ondas sonoras que son perceptibles entre los 16 y los 20.000 ciclos por segundo. Los reactores, desde este punto de vista, son más peligrosos que los alternativos, en virtud de la turbulencia ocasionada por el choque del chorro de gases calientes con el aire en relativa calma que rodea al motor.

El tránsito común de una ciudad activa genera un nivel sonoro que promedia los 75 dB, pero en las cercanías de los aeropuertos ese fenómeno se eleva a 100/110 dB. Este hecho se agrava con el aditamento de ultrasonidos inaudibles que también provienen de los reactores. El estampido sónico, por ejemplo, se asegura que produce 160 dB, en tanto que cruzando la barrera de los 150 dB es muy probable la producción de lesiones de diversa gravedad al oído. Para otros, como Martín Álvarez, la posibilidad de daños directos es casi nula.

La FAA de los EE.UU. ha reglamentado la tolerancia mediante la FAR 36. Hoy hay aeronaves que satisfacen tales exigencias, pero un gran número de modelos más antiguos ha quedado fuera de las normas. La OACI también se ha ocupado de este asunto (Anexo 16), donde prevé similares valores límites pero con distintos métodos de medición. Esta discrepancia no es positiva para alcanzar una uniformidad deseable.

La adaptación de los aparatos más antiguos demandará la incorporación de supresores y equipos de insonorización relativamente caros, que a su vez disminuirán la carga de pago. Transitoriamente, esos aviones pueden hallar una solución operando en aeródromos más alejados de los centros poblados, utilizando horarios especiales, y adoptando procedimientos de vuelo dentro del concepto *noise abatement*.

En cuanto al bang supersónico, el estruendo llega a un observador cuando es alcanzado por una onda de choque que provoca una aeronave que pasa de una velocidad sub a una supersónica y el nivel de ruido es función de la distancia entre ambos.

Cuestión jurídica: el tratamiento del ruido reclama un marco jurídico que armonice con la expansión del tránsito aéreo y el derecho de quienes habitan en la superficie. La consideración de esos daños tuvo relevancia en 1976, cuando reclamos vinculados con los efectos del ruido se confrontaron con una supuesta turbación del derecho de propiedad y la responsabilidad de los controladores de tránsito aéreo. En virtud de la vaguedad de los argumentos jurídicos

esgrimidos por las partes, se inició un movimiento doctrinario y legislativo para establecer un orden normativo concreto y aplicable interna e internacionalmente.

La Convención de Roma (1952) no precisa si el ruido está dentro del ámbito de aplicación, y la fórmula instituida indica que "no habrá reparación por el mero hecho del paso de una aeronave a través del espacio aéreo, de conformidad con los reglamentos de tránsito aéreo".

Pero la ausencia de normas explícitas en el orden internacional ha abierto un amplio campo a la construcción jurisprudencial que, si bien anticipa peculiaridades significativas en el régimen de resarcimiento, igualmente reclama un sistema unitario de respuesta para evitar las desviaciones conceptuales, que no reflejan un equilibrio adecuado entre el transporte aéreo y el interés de los posibles damnificados.

La imputación de daños: para establecer un régimen de responsabilidad es esencial discernir el factor de atribución de daños que pondrá en marcha el mecanismo de reparación. Siendo el factor de imputación objetivo, todo perjuicio ocasionado por el ruido a un tercero en la superficie merecerá compensación, con la sola prueba del nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Si es subjetivo, habrá que establecer una reglamentación que fije el nivel de sonoridad admitido por la autoridad competente, y sólo la acción culposa del explotador generará la obligación de indemnizar.

Por consiguiente, todo daño producido por ruido será indemnizable, de acuerdo con el ordenamiento de regulación de la intensidad y la legitimación de la prueba a cargo de autoridad técnica habilitada. Esta propuesta fue aceptada por la IATA (1971) y el Subcomité Jurídico de la OACI (1975).

El llamado estampido sónico ha demandado un tratamiento jurídico distinto. En la reunión del Comité Jurídico en octubre de 1974 (Montreal) se dispuso que el fundamento de reparación por estampido debía ser de índole objetiva. Pero la OACI propuso que el régimen sobre vuelos supersónicos fuera confiado a las legislaciones nacionales, recomendando simultáneamente la preservación de una cierta uniformidad en los principios básicos.

La IATA propuso que cuando el daño derive de circunstancias meteorológicas, o de una insuficiencia de información del control de tránsito aéreo, se libere de responsabilidad al explotador, puesto que son casos de fuerza mayor

que escapan a la previsión administrativa y no son imputables al operador en un sistema de responsabilidad fundado en la culpa.

La legislación nacional: el Código Aeronáutico establece en su art. 155: "La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a reparación en las condiciones fijadas en este capítulo, con sólo probar que los daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída o arrojada de la misma o del ruido anormal de aquélla".

Según Videla Escalada, los daños deben ser reparados por el régimen de responsabilidad objetiva y limitada. El doctor Cosentino sostiene que nuestra legislación, al haber incorporado la referencia al ruido anormal, estableció implícitamente la necesidad de una reglamentación sobre la divisoria entre la normalidad y anormalidad. De ese modo el fundamento de responsabilidad se ha desplazado hacia un campo subjetivo y la totalidad del sistema deberá ser construido metódicamente sobre este principio rector.

De acuerdo con este razonamiento, el régimen de responsabilidad por daños ocasionados por el ruido, o el estampido sónico, está fuera de la órbita del correspondiente a daños contra terceros en la superficie y merece una construcción autónoma, que podría ser instrumentada internacionalmente mediante un protocolo adicional al Convenio de Roma de 1952.

BIBLIOGRAFÍA

- Simone, Osvaldo B., *El ruido de los aeronaves en el nuevo Código Aeronáutico argentino*, LL, 128-1109.
- *Daños causados por el ruido y estampido sónico de aeronaves*, en "Octavas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial", p. 285.
- Campini, Silvia N. - Suárez de Arnedo, María E., *Responsabilidad por los daños causados a terceros en la superficie por el ruido y estampido sónico*, en "Octavas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial", p. 309.
- Sáenz Sagasta de Bardas, Miguel, *Nuevos aspectos de la responsabilidad por daños a terceros en relación con la revisión del Convenio de Roma de 1952*, en "Octavas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial", p. 303.
- Alarcón, Horacio O., *El ruido aeronáutico, aspectos técnicos y políticos*, en "Octavas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Civil", p. 217.

ENSAYOS

225

— *Problemática actual de la responsabilidad por los daños a los terceros en la superficie (opinión de Videla Escalada).*

Cesentino, Eduardo, *Responsabilidad por daños ocasionados por ruido y estampido sónico*, en "Octavas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Civil", p. 226.

Adduci, Carlos A., *Ruido aerodinámico y estampido sónico*, en "Revista Aeronáutica y Espacial Aeroespacio", n° 459, año 1987.

SEGURO DE CAUCIÓN

ROSANA FABIANA GIMENO

1. Introducción

Ha motivado el presente análisis el escaso desarrollo doctrinario que se le ha dado a este instituto de importante aplicación en la práctica comercial de estos últimos años, y su gran utilidad, ya que moviliza cuantiosos recursos, mejorando la calidad de las garantías comprometidas, ya que no presupone una previa relación entre el garante y el garantizado, sino que se basa exclusivamente en el análisis que hace la aseguradora de la capacidad técnico financiera de éste para hacer efectiva determinada prestación. Asimismo, en lo atinente a la solvencia del garante, la intervención del reaseguro dispensa una mayor seguridad en el pago. Y por último, lo más importante es que por medio de esta garantía se exime al contratista de la necesidad de afectar sus márgenes crediticios ante las instituciones bancarias.

2. Concepto

El seguro de caución es el contrato por el cual el empresario actuando como tomador, asegura al acreedor para que en el caso de no realizar la obra o cumplir con el suministro o servicio reciba una indemnización del asegurador¹.

En doctrina han sido varios los intentos de conceptualizar y definir este tipo de seguro; así: "Habrá contrato de caución cuando el asegurador se obligue a pedido del toma-

¹ CNCom, Sala C, 28/285, LL, 1985-B-510.

dor y por una prima ante un tercero (asegurado) al pago de una suma de dinero si ocurre el incumplimiento contractual previsto"². También, "es la garantía accesoria que el asegurador, por solicitud de determinado deudor otorga a favor de un acreedor de éste, a fin de asegurarle el cumplimiento de una futura obligación pecuniaria"³. Asimismo, se entiende que "es aquel que se estipula para garantizar al acreedor de una obligación no directamente dineraria, que será resarcido en caso de incumplimiento de dicha obligación"⁴.

De las normas dictadas en nuestro país por la Superintendencia de Seguros de la Nación (cláusula 2ª de las Condiciones Generales) surge el siguiente: en esta clase de seguros "el asegurador garantiza al asegurado el pago en efectivo que debe recluir del proponente en caso de incumplimiento o mal cumplimiento de parte de éste de cualquiera de sus obligaciones".

Los sujetos son el tomador del seguro o proponente (deudor) que suscribe un convenio con el asegurador para que éste entregue al asegurado-creedor la respectiva póliza. Por lo tanto, la función de esta moderna forma de garantía es reemplazar el depósito o caución real que el contratista debe entregar a aquel con quien contrata (asegurado), ya sea el Estado Nacional, provincial, municipal, entidades autárquicas o privadas.

Sólo se pueden garantizar obligaciones que se ejecuten dentro de nuestro país, las que en consecuencia se rigen por las leyes argentinas, salvo algunas excepciones como, por ejemplo, las obras binacionales.

Por otra parte están prohibidas las coberturas de operaciones de crédito financiero puro⁵. Lo que expresamente no quiere el legislador es que por medio del contrato de seguro se garantice una operación de mutuo financiero, o sea operaciones de dar sumas de dinero provenientes de créditos comerciales, en atención de que para este tipo de riesgos

² Ciollaro, Jorge, *Seguro de caución. Su programación actual y soluciones. Guía de modelos de pólizas. Distintos tipos de coberturas*, Bs. As., Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, 1984, p. 2.

³ Grossi, Eduardo J. M., *El seguro de caución*, ED, 35-658.

⁴ Tirado Suárez, apéndice a la obra de Batín, Jean, *El seguro de crédito*, ed., 1978, p. 679.

⁵ Ver nota 1.

existe un seguro específico; el de crédito por insolvencia de deudores.

En otros términos el seguro de caución puede ser aplicado al cumplimiento de las obligaciones de dar (cosas), o de hacer, no así en las obligaciones de dar sumas de dinero. En principio no habría inconveniente en cubrir las obligaciones de no hacer pero en la práctica es raro que se dé la necesidad de esta cobertura.

El objeto de este contrato es que el asegurador garantice al acreedor de una obligación determinada que su deudor ha de cumplirla en tiempo, forma y modo previsto entre ellos, cobrando por este servicio una suma que debe ser pagada por el deudor.

Existen notas características que otorgan una fisonomía propia a este seguro, en especial las siguientes:

a) Al celebrarse el contrato aún no existe una deuda que pueda ser exigible, sino la eventualidad de que pueda surgir una deuda en dinero como indemnización, si el tomador no cumple la obra, servicio o suministro prometido.

b) En el momento de contratar el seguro el proponente no es aún deudor de una suma de dinero.

c) El beneficiario no es el tomador sino la empresa estatal o privada que contrató con él.

d) En caso de que la aseguradora deba pagar al asegurado, tiene derecho a repetir contra el tomador, por ser él responsable del siniestro.

e) Los actos, declaraciones, acciones u omisiones del tomador no afectan en ningún caso los derechos del asegurado frente al asegurador (art. 1º, inc. c, decr. 411/69). En caso de reticencia, falsas declaraciones de aquél, sólo puede el asegurador accionar contra el tomador.

f) El asegurador no puede rescindir el contrato de seguro unilateralmente, aun por falta de pago total o parcial de la prima; sólo se libera cuando el asegurado da por cumplida la obligación garantizada.

g) La falta de pago de la prima no afecta al asegurado, lo que constituye una diferencia fundamental con el resto de los seguros en los cuales la falta de pago autoriza a la compañía a suspender la cobertura.

3. CARACTERES

Podemos enunciar como tales a los siguientes:

a) *Plurilateral*

En este seguro son tres las partes obligadas ante las relaciones que surgen del contrato principal y del accesorio o de garantía: el tomador debe el cumplimiento del acuerdo principal y la prima del contrato de garantía, el asegurado, las cargas establecidas en la póliza y sus obligaciones frente al contratista, y la compañía aseguradora debe hacer efectiva la indemnización al asegurado en caso de siniestro.

Muy esclarecedor en este punto es un fallo de la Cámara Nacional de Comercio que expresa: "Sobre los lineamientos de esta normativa legal, el seguro de caución se caracteriza por la intervención de tres sujetos y la necesaria conexión entre dos contratos. Los aludidos sujetos son el tomador o proponente, el asegurado y el asegurador, siendo que el primero, un empresario de obras, de suministros o de servicios, y el segundo se encuentran vinculados por un contrato del que resulta la obligación del tomador y la calidad de acreedor del asegurado respecto de la obra, suministro o servicio. Este contrato es presupuesto necesario del contrato de seguro de caución en tanto origina el riesgo sobre el que recae el interés asegurable (art. 2º, ley 17.418) y que consiste en el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dineraria que debe ejecutar en el futuro".

En garantía de esta deuda aún no exigible, el empresario actuando como tomador, asegura al acreedor para que en caso de no realizar la obra o cumplir con el suministro o servicios, reciba una indemnización del asegurador. Las notas descriptas aunque susceptibles de algunas variantes (v.gr., en la caución por mantenimiento de oferta en una licitación) perfilan suficientemente la configuración de este seguro⁴.

b) *Formal*

La póliza como prueba del contrato se halla sujeta a las

⁴ CNCom, Sala C, 25/285, LL, 1985-B-510.

formalidades impuestas por la ley y el órgano de contralor (decr. 411/69, res. 17.047/63).

c) Real

Se perfecciona con la entrega de la póliza al tomador y de él al asegurado. Las relaciones entre la compañía y el proponente quedan firmes a la entrega de la garantía, y respecto de aquélla y el asegurado desde su aceptación.

d) Aleatorio

La obligación del asegurador sólo se hace exigible cuando efectivamente ocurre el evento previsto.

e) Nominado

En el derecho argentino el seguro es un contrato típico, pues tiene su regulación en la ley, ha sido precisado como disciplinario en cuanto a su contenido, efectos y exigencias formativas. La actividad aseguradora interesa al orden público atento a la finalidad social del seguro y a los enormes intereses económicos, sociales e incluso políticos que tal actividad afecta. Todo lo cual se traduce en las exigencias impuestas por la ley a dicha actividad y los severos controles atribuidos a la Superintendencia de Seguros.

El seguro de caución lo encontramos establecido en el art. 7º, inc. b, de la ley 20.091, cuyo antecedente es el decr. ley 7607/61, está incluido por el decr. ley 17.804/68 (reglamentado por el decr. 411/69) en la ley de obras públicas. La ley de contabilidad lo autoriza en el art. 61, inc. 34, f, del decr. 3720/72. Encontrándose tipificado en el art. 1º de la ley 17.418¹ y en la legislación de la mayor parte de nuestras provincias (v.gr., ley 6021 de la provincia de Buenos Aires).

f) Accesoriedad

Esta característica lo distingue de los seguros en general, pues, a diferencia de ellos, el de caución sigue la suerte del contrato principal.

La obligación es subsidiaria, porque la compañía sólo responde en defecto del pago del contratista, lo que no es

¹ "El art. 1º de la ley 17.418 en su definición contiene y autoriza el seguro de caución". CNCom, Sala B, 24/5/79, ED. 68-348.

contrario al carácter solidario que asume, ya que posee el beneficio del requerimiento previo establecido en el art. 2004 del Cód. Civil⁸, no gozando, sin embargo, de los derechos de división y excusión.

Este contrato que vincula a la compañía con el comitente, está sujeto a la condición suspensiva de que dada determinada condición, incumplimiento del contratista, recién nace el derecho del asegurado (comitente) a percibir la indemnización y la obligación de la aseguradora a hacerla efectiva.

4. SEGURO DE CRÉDITO Y SU VINCULACIÓN - - CON EL SEGURO DE CAUCIÓN

Definiendo el seguro de crédito o insolvencia⁹, el doctor Garrigues expresa¹⁰: "El seguro de crédito es el que bajo distintas formas tiende a indemnizar al asegurado de las pérdidas patrimoniales que sufra por consecuencia de su deudor".

En el proyecto de ley de contrato de seguro de España (art. 65), se dispone que el seguro de crédito es aquél, en virtud del cual, el derecho a la indemnización surgirá únicamente cuando el deudor o la persona obligada al pago, se encuentre en situación de insolvencia definitiva¹¹.

El tema en cuestión ha sido especialmente tratado en doctrina extranjera, siendo en nuestro país atendido marginalmente por el maestro Halperin¹², que menciona al seguro de crédito como una rama de escaso significado, salvo en la modalidad de crédito a la exportación, señalando la dificultad de diferenciarlo cuando la fianza es onerosa. En realidad a lo que se está refiriendo, tal como lo evidencia el doctor

⁸ Art. 2004 del Cód. Civil: "La solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y del de división".

⁹ Para una mayor profundización del tema, ver artículo de Enrique Ivo Izaurieta, "Seguro de crédito", tomo 13, pág. 640 y ss.

¹⁰ Garrigues, Joaquín, *Contrato de seguro terrestre*, p. 385.

¹¹ Farina, Juan M., *Seguro de caución*, RDCO, 1961-534.

¹² Halperin, Isaac, *Seguros*. *Exposición crítica de la ley 17.418*, Bs. As., 1970 p. 61.

Grosso¹³, es al seguro de caución, pues el seguro de crédito no puede ser bajo ningún aspecto asimilable a la fianza onerosa.

Aclara Morandi¹⁴ las relaciones existentes entre las formas asegurativas en análisis; así establece que dentro del género de los seguros de crédito se distinguen dos especies: a) el seguro de crédito propiamente dicho; b) el seguro de caución, aval o fianza.

De este modo el seguro de crédito propiamente dicho cubre el riesgo de la pérdida neta definitiva resultante de la incobrabilidad de los créditos, a causa de la insolvencia del deudor, agotados los procedimientos contra sus bienes (derecho de exclusión); en cambio el seguro de caución cubre al asegurado contra la falta de pago de un crédito que ha otorgado a su cliente (sin gozar del derecho de exclusión).

La insolvencia está definida con precisión en las Condiciones Generales del contrato de seguro, y se la considera ocurrida en los siguientes casos:

a) Cuando medie auto firme de declaración de quiebra o concurso civil, o se haya obtenido, con el consentimiento de la compañía un acuerdo amigable con la totalidad o la mayoría de sus acreedores.

b) Cuando existan elementos de juicio que en forma indubitable y a satisfacción de la compañía deviene: 1) indiquen que el crédito resulta incobrable por insolvencia del deudor, o 2) resultare dispendioso iniciar o continuar trámites judiciales tendientes al cobro. Este último caso es lo que en la fraseología técnica universal se denomina *proceded default* (morosidad prolongada).

En el caso del seguro de caución, la compañía aseguradora, ante el incumplimiento del deudor, debe pagar al asegurado, sin esperar la insolvencia, requisito indispensable en el seguro de crédito, pues si en este último se pagara al acreedor al mero vencimiento de la obligación incumplida, se estaría enriqueciendo al asegurado, el cual de no existir el seguro, él estaría en peor situación al tener que esperar la insolvencia de su deudor.

La Cámara Nacional de Comercio tiene establecido que: "Si se subordinare el cobro de la indemnización a la previa

¹³ Grosso, *El seguro de caución*, ED, 75-88.

¹⁴ Morandi, Juan C. F., *Lecciones preliminares sobre el contrato de seguro*, Bs. As., 1983, p. 27.

acreditación por el asegurado del incumplimiento del tomador, se convertiría la finalidad del seguro de caución, al impedirse la ejecutabilidad inmediata de la garantía, que es su razón de ser".

Por todo lo expuesto, arribamos a la conclusión de que si bien el seguro de caución pertenece a la familia de los seguros de garantía o de crédito, se diferencia de ellos por ser el deudor el tomador del seguro en beneficio de su acreedor, respondiendo la entidad aseguradora ante el mero incumplimiento de aquél a sus obligaciones derivadas del contrato suscripto con el asegurado (acreedor), sin necesidad de una previa interpelación o acción judicial contra los bienes del tomador.

El seguro de crédito, por el contrario, es contratado por el interesado acreedor asegurado (aunque nada impide, si así se pacta, que el acreedor cargue a su deudor el precio del seguro), y responde solamente por la pérdida neta definitiva que sufre el asegurado en su patrimonio como resultado de la insolvencia de su deudor.

5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El origen histórico de la actividad aseguradora surge a mediados del siglo xiv, especialmente en las ciudades italianas de Florencia y Génova en el área del derecho marítimo. Más tarde, en Londres (centro universal del seguro) a raíz de una gran catástrofe, nace el seguro contra incendios, dictándose en el año 1774 la famosa *Gambling Act*, por medio de la cual se declara lícito el seguro sobre la vida ajena, siempre que el contrayente tenga un interés legítimo. Éste es un momento crucial en la historia del seguro, pues se diferencia claramente al contrato de seguro del de apuesta¹⁹.

Pero el gran desarrollo de este contrato se inicia en el siglo xix, intensificándose durante el presente al extenderse a muy diversos sectores, cubriendo así una gama de riesgos que se incrementa constantemente al compás de la evolución económica.

Dentro de este dinámico marco, la vida contemporánea estimula el empleo de grandes sumas de dinero en su co-

¹⁹ Donati, Antígono, *Los seguros privados, Manual de derecho*, Barcelona, 1980, n° 11.

mercio de orden interno e internacional, empleando como elemento decisivo el crédito. Ahora bien, el procedimiento crediticio encierra un importante riesgo: el de la insolvencia del deudor; para neutralizar tal obstáculo surge como una nueva rama estructurada sobre principios técnicos especializados el seguro de crédito, que es considerado por Salemi "la rama de seguro de nuestro siglo", constituyendo este tipo de seguro un género dentro del cual el de caución es una de sus especies¹⁶.

Encuadrado el tema específicamente en el instituto que motiva el presente artículo, esto nos obliga a incursionar en algunas ramas del derecho, especialmente en áreas propias de la materia civil, comercial y administrativa.

De este modo, si orientamos nuestro pensar a la razón de ser de su existencia, la hallamos en el derecho administrativo; en cambio, si se juzga el contenido debemos dirigirnos al derecho civil y comercial, recalcando la atención en este último en lo atinente a lo estrictamente formal.

El derecho administrativo fue causa indirecta del seguro de caución, puesto que en las más antiguas leyes de contrataciones públicas, las que se remontan al derecho romano, ya aparece la exigencia al contratista de constituir garantías a favor del Estado para asegurar el fiel cumplimiento de sus obligaciones.

Las primeras garantías que surgen en la historia jurídica de los pueblos son las personales, tanto en el campo del derecho público como en el privado. Así, en el derecho público romano se exigía a las personas que contrataban con el Estado una o varias cauciones para garantizar la fiel ejecución de las tareas (*praedes*)¹⁷.

Con el tiempo se fueron admitiendo nuevas garantías, en especial el depósito en dinero, por su mayor ejecutividad. Un ejemplo de ello lo encontramos en la propia legislación nacional; la ley 775¹⁸ establecía, con el fin de respaldar

¹⁶ Grossi, *Seguro de caución*, ED, 35-640.

¹⁷ Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuente de las obligaciones*, actualizado por Arturo Acuña Anzorrena, 2ª ed. 1937, t. III, p. 231.

¹⁸ Ley 775 de obras públicas nacionales:

Art. 32 - "La fianza exigida al adjudicatario para el cumplimiento del contrato, podrá ser reemplazada por un depósito en un Banco a satisfacción del Poder Ejecutivo, de un 5 % del valor de la obra, en dinero o en títulos de créditos públicos nacionales al valor corriente de plaza".

el cumplimiento de las obligaciones de licitantes y adjudicatarios, el depósito en dinero de títulos de la deuda pública y bonos estatales. Posteriormente se fueron adoptando otras garantías como las fianzas bancarias (ley 13.064)¹⁹, títulos y bonos provinciales y municipales (ley 14.000)²⁰, y la constitución de derechos reales de hipoteca en primer grado y de prenda con registro (ley 14.143)²¹.

La invariable base de la garantía estribaba en la función reparadora del perjuicio ocasionado por una prestación extemporánea, o en infracción de las cláusulas relativas a las especificaciones técnicas con prescindencia de la comprobación del daño ocasionado.

¹⁹ Ley 13.064 modificatoria de la ley de obras públicas:

Art. 20 - "Antes de presentar una propuesta el que la hiciere deberá depositar en efectivo, en títulos o bonos nacionales en el Banco de la Nación Argentina a la orden de la autoridad competente una suma equivalente al 1 % del valor del presupuesto oficial de la obra que se licita".

Art. 21 - "Entre la Administración Pública y el adjudicatario se firmará el contrato administrativo de obra pública y éste afianzará el cumplimiento de su compromiso mediante un depósito en el Banco Nación por un 5 % del monto del convenio, en dinero o en títulos o en bonos nacionales, al valor corriente en plaza o bien mediante fianzas equivalente, a satisfacción de la autoridad competente.

²⁰ Ley 14.000 (ADLA X-A-229) modifica la ley de obras públicas:

Art. 1º. "Déjase establecido que todo lo determinado por la ley 13.064 de obras públicas, respecto al afianzamiento con títulos o bonos nacionales, de las propuestas o del cumplimiento de los contratos, es extensivo con las mismas formalidades y alcance a los títulos y bonos provinciales o municipales, siempre que tales valores tengan cotización oficial en la Bolsa de Buenos Aires"

²¹ Ley 14.143 (ADLA XXII-A-9) modifica la ley de obras públicas:

Art. 1º. "Ampliase la disposición contenida en el art. 21, ap. III de la ley 13.064 -ley de obras públicas- en el sentido de que la fianza o garantía a que dicho artículo se refiere, podrá ser también constituida por derechos reales de hipoteca en primer grado, o prenda con registro de acuerdo con lo establecido por la ley 13.063, deccr. 15.348/48. Decreto 4900/63: Art. 61, inc. 34: "La garantía a que se refiere el inc. 33 deberá constituirse en alguna de estas formas: a) en efectivo, mediante depósito en el Banco de la Nación Argentina, acompañando la boleta pertinente; b) en cheque contra una entidad bancaria del lugar o de las cercanías de donde se realiza la licitación; c) en títulos aforados a su valor nominal, de la deuda pública nacional, bonos del Tesoro emitidos por el Estado, bonos hipotecarios a cargo del Banco Central de la República Argentina o cualquier otro valor similar nacional, provincial o municipal, siempre que estos dos últimos se coticen oficialmente en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires; d) con aval bancario o otra fianza a satisfacción del organismo licitante; e) mediante la afectación de créditos que el proponente o adjudicatario tenga liquidados y al cobro en organismo de la Administración Nacional; f) con pagaré suscrito por quienes tengan el uso de la razón social o actúen con poder suficiente del adjudicatario".

Con el tiempo, la mayor atención que mereció el factor costo y la conveniencia de incrementar los porcentajes de garantía a fin de tornar realmente gravoso el incumplimiento a la parte remisa, dio origen al nacimiento del seguro de caución, con un costo inferior al de las otras garantías anteriormente mencionadas. Con ello se produjo el rompimiento de un círculo vicioso que engendra el conjunto de intereses contrapuestos, puesto que si la garantía debía verse incrementada, los servicios financieros devenían en más onerosos, produciéndose una influencia alcista en el presupuesto.

Así vemos que el seguro de caución surge como una solución que tiene por fin tratar de paliar los inconvenientes que las otras garantías ocasionaban. Para interpretar esta afirmación es necesario abordar ciertos aspectos económicos. La garantía consistente en el depósito en dinero o títulos de crédito nacional, si bien es muy práctica para el Estado, pues ante el simple incumplimiento se apropia de los fondos caucionados, es altamente onerosa para el contratista que debe mantener inmovilizadas fuertes sumas de dinero, en vez de invertir las en el desenvolvimiento empresarial, disminuyéndose, por tanto, su capacidad económica. El Estado también resulta perjudicado con este procedimiento, pues al incrementarse los costos de la obra, pueden ocasionarse deficiencias o atrasos en los trabajos.

Con respecto al uso de la fianza o aval bancario, garantías que surgen con el fin de evitar la inmovilización de dinero, en un limitado análisis podemos percibir las desventajas que estos sistemas presentan frente al seguro de caución.

El utilizar un servicio bancario importa su agotamiento parcial, al tornar más difícil el otorgamiento de créditos, su renovación, ampliación, etcétera. En cambio, se contrata un seguro de caución en una compañía aseguradora, el contratista reserva su margen de crédito frente a los bancos para solicitar dinero, y no para lograr garantías que puede obtener por otros medios; ello contribuye a su capacidad de giro, conservando su nivel de producción. Se evidencia, entonces, la amplia justificación que tiene esta cobertura por el importante servicio financiero que brinda a la empresa.

Observando tales ventajas, numerosos países consagraron la cobertura caucional; en el orden internacional, los antecedentes deben rastrearse en los Estados Unidos de América, donde en el presente las *Suretyship Corporations* sirven

un mercado cuya más notable característica está dada por la gran gama de garantías en boga²¹.

6. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Mediante el dechr. 23.350 de fecha 6 de febrero de 1939, el Poder Ejecutivo Nacional, al reglamentar el régimen legal de la Superintendencia de Seguros, establece (en la parte final del art. 1°) que las entidades de seguro deberán dedicarse en forma exclusiva a la actividad aseguradora. Esta disposición constituyó un obstáculo para el nacimiento y funcionamiento del seguro de caución. Ante tal circunstancia se reformó la disposición mencionada, por medio del dechr. 7607 dictado también por el Poder Ejecutivo y a sus instancias el 31 de agosto de 1961, agregando la siguiente fórmula: dichas entidades podrán "otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros solamente cuando configuren económica y técnicamente operaciones de seguros aprobadas".

De tal modo autorizadas para operar en el ámbito del seguro de caución, la primera compañía que comienza sus actividades en el área lo hace en el año 1964, siendo este instituto desde entonces progresivamente aceptado por diferentes reparticiones y empresas del Estado.

Nuestra ley de obras públicas no contaba con esta cobertura como uno de los medios de garantía que pueden presentar los contratistas. Recién el 12 de julio de 1968, se sanciona, tras las gestiones efectuadas por la Cámara Argentina de la Construcción, la ley 17.804 admitiéndose al seguro de caución como una de las formas de garantía que permite la ley 13.064. En su art. 2° delega al Poder Ejecutivo el establecimiento de las condiciones básicas que deben reunir las referidas pólizas²².

²¹ Quejero Güemes, Marcelo, *Garantía por póliza de seguro. Seguro de caución*, JA, 1967-VI-618.

²² Decr. 7607/61 *Otorgamiento de fianzas por las entidades de seguros, modificación del dechr. 23.350/39* (B.O., 8/9/61): Art. 1°. Reemplázase el último párrafo del art. 1° del dechr. 23.350 del 6/2/39 por el siguiente texto: "Dichas entidades deberán dedicarse en forma exclusiva, a operar en seguros y administrar los bienes en que tengan invertidos el capital y las reservas pudiendo otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros solamente cuando configuren económica y técnicamente operaciones de seguros aprobadas."

Con posterioridad se dictó el decreto 411/69²⁴, reglamentario de la ley 17.804, el que establece en los siete incisos del art. 1º, las condiciones básicas que deben reunir las pólizas de caución, siendo sus disposiciones de cumplimiento obligatorio, tanto para la Superintendencia de Seguros de la Nación, como naturalmente para los contratistas privados.

La normativa en último término citada establece entre las condiciones, que se instituya al respectivo ente estatal que convoca a licitación como asegurado.

De esta forma, y según lo aprecia el doctor Álvarez Palacios, encuadra este tipo de seguro dentro del marco de los contratos por cuenta ajena regulados por los arts. 21 a 26 de

²⁴ Decr. 411/69. Condiciones básicas a reunir por las pólizas de seguro de caución admitidas por la ley 17.804 para obras públicas: Art. 1º. "Las pólizas de seguro de caución admitidas por la ley 17.804 para constituir las garantías previstas por los arts. 14, 21 y 48 de la ley 13.064 deberán reunir las siguientes condiciones básicas:

a) Instituir al respectivo ente estatal como 'asegurado'.

b) Cubrir o participar a pro rata en concurrencia con otros garantes hasta el importe total de la garantía que se exija y mantener su vigencia mientras no se extingan las obligaciones cuyo cumplimiento se cubre.

c) Establecer que los actos, declaraciones, acciones u omisiones del participante en una licitación o adjudicatario de una obra, que actúa como tomador de la póliza, no afectarán en ningún caso los derechos del asegurado frente al asegurador.

d) Determinar que el asegurador respondiera con los mismos alcances y en la misma medida en que, de acuerdo con la ley y el contrato respectivo, corresponda afectar total o parcialmente las garantías a que hacen referencia los arts. 14, 21 y 48 de la ley 13.064.

e) Establecer que una vez firme la resolución dictada dentro del ámbito interno del ente estatal asegurado, que establezca la responsabilidad del participante o adjudicatario por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, el asegurado tendrá derecho a exigir al asegurador el pago pertinente luego de haber resultado infructuosa la intimación extrajudicial de pago hecha a aquél, no siendo necesaria ninguna otra interpelación ni acción previa contra sus bienes.

f) Estipular que el siniestro quedará configurado —reunidos los recaudos del inciso anterior— al cumplirse el plazo que el asegurado establezca en la intimación de pago hecha al participante o adjudicatario sin que se haya satisfecho tal requerimiento y que el asegurador deberá abonar la suma correspondiente dentro de los quince días de ser requerida.

g) Fijar que la prescripción de las acciones contra el asegurador se producirá cuando prescriban las acciones del asegurado contra el participante en la licitación o adjudicatario del contrato, según el caso, de acuerdo con las disposiciones legales o contractuales aplicables.

Art. 2º. La Superintendencia de Seguros de la Nación, en uso de las atribuciones legales que le competen, al aprobar las pólizas a que se refiere el presente decreto, cuidará de que se cumplan los requisitos enumerados en el art. 1º.

la ley 17.418 por cuanto la persona del tomador es distinta del titular del interés asegurable¹⁵.

Con respecto a la cobertura se establece que debe llegar hasta el importe total de la garantía exigida. Ella se fija, a modo de cláusula penal, al 1 % del monto ofertado en caso de carga de mantenimiento de oferta, y del 5 % del monto contratado, en el caso de que se hubiere adjudicado la licitación.

El plazo de vigencia se vincula al contrato principal al cual accede. Si se tratare de garantía de la carga de mantener la oferta, se extenderá por el plazo que fijan las regulaciones legales que, por lo general, es de cuarenta días. En el caso de garantía de cumplimiento del contrato adjudicado, el plazo deviene en indeterminado, pues depende de la ejecución de dicho convenio, el que, si bien cuenta con un plazo determinado, puede prorrogarse de común acuerdo, y aun de hecho, por circunstancias que pueden influir en dichas contrataciones.

El decreto comentado en su art. 1º, inc. c, establece que los actos, declaraciones, acciones u omisiones del tomador no afectarán en ningún caso los derechos del asegurado, dando de esta manera seguridades al instituto. El inciso siguiente (d) dispone que el asegurador responderá en la extensión de las obligaciones asumidas por el tomador, las que están limitadas a la cláusula penal asumida.

Para que surja la obligación a cargo de la aseguradora debe darse un incumplimiento por parte del tomador frente al asegurado. El inc. e dispone que debe mediar una resolución dictada dentro del ámbito interno del ente estatal asegurado, que establezca que el contratista es responsable por hallarse incurso en incumplimiento. Esta resolución debe estar firme. El asegurado deberá exigir extrajudicialmente al contratista el pago pertinente, dentro del plazo que fije el asegurado, no siendo necesaria ninguna otra interposición ni acción previa contra sus bienes.

El inciso siguiente dispone que "el siniestro quedará configurado –reunidos los recaudos del inciso anterior– al cumplirse el plazo que el asegurado establezca en la intimación de pago, hecha al participante o adjudicatario, sin que se haya satisfecho tal requerimiento, y el asegurador deberá

¹⁵ Álvarez Palacios, Juan, *Algo sobre el denominado seguro de caución*, *Zeus*, D-122.

abonar la suma correspondiente dentro de los quince días de serle requerida".

Finalizando el sucinto comentario del dect. 411/69, es importante mencionar un aspecto relevante que distingue este tipo de seguro de los demás; es el tema referido a la prescripción, al establecerse que la acción generada por el seguro de caución se extinguirá cuando se opere la prescripción de las acciones que genera el contrato al cual accede.

La ley de contabilidad incorporó más tarde esta cobertura por el art. 61, inc. 34, f, del dect. 5921/72²⁸.

En el orden interno, muchas de nuestras provincias han admitido la sustitución de las garantías en efectivo, por el afianzamiento mediante el seguro de caución para sus obras públicas. La primera en receptarlo legislativamente fue Buenos Aires, incorporándolo a la ley de obras públicas (ley 6021 del año 1959)²⁹, adoptando posteriormente el mismo criterio Salta, Tucumán, Misiones, Río Negro, San Luis, Santa Fe y Chubut.

El proyecto de ley federal de 1963 también lo hizo suyo con la denominación de "fianza de entidad autorizada o póliza de seguro". Asimismo los pliegos y reglamentos de empresas estatales como YPF, Agua y Energía, etc., han sido modificados con el objeto de permitir su utilización.

Actualmente esta clase de seguro se encuentra regido por la ley 17.418 y sus normas complementarias³⁰, la ley

²⁸ Ver nota 21.

²⁹ Ley 6021: Régimen de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires: Art. 16. "En las licitaciones públicas y privadas, las ofertas deberán afianzarse en suma equivalente al 1 % del importe del presupuesto oficial de la obra que se licita y en la forma que reglamente el Poder Ejecutivo".

Art. 27. "El adjudicatario para firmar el contrato, afianzará el cumplimiento de su compromiso mediante depósito de dinero en efectivo, títulos provinciales, fianza bancaria o póliza de seguro, no inferior al 5 % del monto contractual. Este depósito se podrá formar integrando la garantía prevista en el art. 16 y su monto permanecerá inalterado hasta la recepción definitiva. Las garantías a que se refiere el párrafo anterior podrán convertirse entre sí previa conformidad del ministerio respectivo o autoridad competente".

Art. 42. "Del importe de cada certificado se deducirá el 5 % como mínimo que se retendrá hasta la recepción provisoria como garantía de obra. Este depósito podrá ser reemplazado por su equivalente en títulos provinciales, por fianza bancaria o póliza de seguro, previa autorización por resolución del director de la repartición..."

³⁰ CNCCom, Sala B, 24/76, RepLL, XXXVII-1521, sum. 67, en donde

17.804, los deccr. 411/69 y 4295/69, ley 6021 de la provincia de Buenos Aires con la aplicación supletoria de los arts. 478 a 483 del Código de Comercio y las normas del Código Civil pertinentes (art. 8º, inc. 6º, Cód. de Comercio).

Comparto la opinión del doctor Jorge A. Ciollaro²⁸, en el sentido de aconsejar la expresa inclusión del seguro de caución dentro de la ley de seguros, por medio de un articulado específico que lo regule en sus variados aspectos, incorporándolo por medio de la ley 17.418 al Título VI, Libro II del Código de Comercio en atención al tiempo en que viene siendo utilizada esta garantía, procurando asimismo solucionar controversias surgidas de distintos criterios interpretativos en el orden nacional, provincial y municipal.

7. DIFERENTES TIPOS DE COBERTURAS

a) Obras públicas

Dentro del campo del seguro de caución encontramos diversas especies. De este modo se utilizan como medios para constituir las garantías dentro del marco de la ley de obras públicas (13.064), las siguientes: 1) seguro de caución por mantenimiento de oferta; 2) por ejecución de contratos; 3) por sustitución de fondos de reparos; 4) por anticipos financieros; 5) por anticipos para acopios.

1) *Seguro de caución por mantenimiento de oferta* (artículo 14, ley 13.064)²⁹. Quien presenta una propuesta licitación deberá constituir una garantía equivalente al 1 % del valor del presupuesto oficial de la obra que se licita. Se garantiza de tal forma al comitente que el oferente mantendrá las condiciones tal como las presentó en su propuesta. En caso de resultar adjudicatario, al presentarse a firmar el contrato, reemplazará esta póliza por una garantía de ejecución del contrato. En el hipotético caso de incumplirse esta obligación, queda facultado el comitente a exigir del

se dispuso que: "Procede aplicar al seguro de caución el deccr. ley 17.804/68 que regula las construcciones públicas, el deccr. ley 17.418/67, siendo claro que esta ley de seguros no podía contener este tipo de seguros aunque se estima que está implícito en su art. 1º por la simple razón de ser casi un año anterior al deccr. ley 17.804 que lo es del 12 de julio de 1968, que lo estableció expresamente.

²⁸ Ciollaro, *Seguro de caución*, p. 11.

²⁹ Ver nota 28.

adjudicatario o del asegurador (en su defecto) el pago del importe garantizado.

2) *Seguro de caución para ejecución de contratos* (artículo 21, ley 13.064)²¹. Esta garantía deberá ser constituida por quien resulte adjudicatario de una licitación antes de la firma del respectivo contrato administrativo. El monto de esta "fianza" alcanza al 5 % del valor convenido para las obras según el contrato respectivo.

Su objeto es garantizar el comitente el recto cumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, perdurando la garantía hasta que se produce la recepción, provisoria o definitiva, establecida según el contrato o la ley, momento en el cual el comitente tendrá que devolverla al adjudicatario.

El incumplimiento de las obligaciones, lo mismo que en el supuesto anteriormente mencionado, da derecho al comitente a exigir, en primer término, el importe garantizado al adjudicatario y en su defecto dirigirse al asegurador²².

3) *Seguro de caución por sustitución del fondo de reparos* (artículo 46)²³. El fondo de reparos se integra deduciendo de cada certificado de obras un porcentaje determinado. Tiene por finalidad atender las reparaciones, defectos de obra, mala calidad de los materiales empleados (vicios ocultos).

El importe de estas retenciones se reintegra al contratista con la recepción definitiva de la obra por el asegurado. La póliza evita estas retenciones, pudiendo el contratista cobrar íntegramente sus certificados.

4) *Seguro de caución por anticipos financieros*²⁴. El

²¹ Ver nota 29.

²² "Constituyeron contratos de seguro de caución, aquellos que tuvieron por finalidad garantizar el pago en efectivo de las sumas a que resultare obligado el tomador, por aplicación de la cláusula penal contenida en los respectivos contratos, por el tiempo y forma en que cumpliere las obligaciones a su cargo, emanadas de los contratos de obras públicas suscritos con los asegurados" (CNCom, Sala B, 24/5/76, *ReplL*, XXXVII-1881, sum. 67).

²³ Ley 13.064: Art. 46. "Los pliegos de condiciones graduarán la imposición y liberación de garantías correspondientes a las liquidaciones parciales de los trabajos".

Art. 42: "En los casos de recepciones parciales definitivas, el contratista tendrá derecho a que se le devuelva o libere la parte proporcional de la fianza y de la garantía para reparo, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 20, 44 y 48".

²⁴ "La garantía de anticipo es una de las especies de las coberturas

objeto de esta póliza es garantizar que la suma anticipada por el comitente al adjudicatario tenga por fin la construcción de la obra. Generalmente los anticipos no superan el 30 % del monto del contrato.

Garantiza la afectación del anticipo especificado en las condiciones particulares, recibido o a recibir por el tomador del asegurado, al efectivo cumplimiento del contrato a que ellas se refieren, dejándose establecido que la garantía se irá desafectando conforme los certificados de obra que se emitan.

Esta póliza no responde por las multas u otras penalidades que pudieran ser aplicadas por el asegurado al proponente o tomador, en razón de incumplimientos totales o parciales, por demoras, fallas técnicas u otros perjuicios que pudiera sufrir el asegurado ante tales incumplimientos.

Queda convenido que el asegurador será liberado del pago de la suma garantizada, cuando las disposiciones legales o contractuales pertinentes establezcan la dispensa del tomador (res. 17.047/82).

Si se diera el caso de que no se emplee el dinero en el destino previsto, o se dejase de cumplir el contrato en proporción al anticipo recibido, el asegurador deberá efectivizar al comitente la suma asegurada, menos lo que el tomador ha incorporado a la obra o pagado para su realización.

5) Seguro de caución por anticipo para acopios. Esta póliza garantiza que el anticipo recibido por el adjudicatario se utilizará para la adquisición de elementos ya determinados en el contrato.

El acopio puede referirse al adelanto de una suma de dinero para que el adjudicatario compre materiales y los incorpore a la obra, o bien, efectúe la compra por su cuenta solicitando posteriormente el reembolso.

La presente garantía se irá desafectando a medida que el tomador realice el acopio en obra de los materiales.

No responde por multas u otras penalidades que pudiera sufrir el asegurado a causa de tales incumplimientos (res. 17.047/82). Si los materiales no se acopian, el asegurador responderá por tal accionar ante el asegurado menos, lógicamente, lo efectivamente ingresado en obra.

propias de los seguros de caución". CNCom, Sala C, 28/3/76, L.F., 1985-B-510.

b) Suministros y servicios al Estado

1) **Mantenimiento de la oferta.** Opera de manera similar a la póliza ya analizada en el área de las obras públicas; su objetivo es garantizar al comitente que el oferente mantendrá la oferta tal como fue presentada. Si resulta adjudicatario, se firma el contrato y sustituye esta póliza por una garantía de ejecución del contrato.

En el caso de que no se mantenga la oferta, el comitente tiene derecho a exigir del adjudicatario o del asegurador el pago del importe garantizado.

2) **Adjudicación.** En esta clase de póliza si bien concurren aspectos característicos de la póliza de ejecución del contrato de obra pública, se diferencia de ella en que en ese caso la obligación es de hacer, en tanto que en la presente es de dar.

Lo que se garantiza por su medio es el cumplimiento fiel de las obligaciones contractuales, hasta la definitiva entrega de los elementos a suministrar o el cumplimiento del servicio solicitado con aprobación de su calidad.

La cobertura de esta póliza, en la mayor parte de los casos, oscila entre el 10 y el 20 % del monto del contrato.

3) **Anticipos.** Esta póliza garantiza que la suma de dinero entregada por el asegurado, en concepto de adelanto financiero y/o de acopio, sea utilizada la afectación del anticipo estipulado en las Condiciones Particulares, recibido o a recibir por el tomador del asegurado al efectivo cumplimiento del contrato. La garantía se irá desafectando en la misma medida en que el tomador realice las entregas.

No responde por multas u otras penalidades que pudieran ser aplicadas por el asegurado al tomador, a consecuencia de incumplimientos, demoras, fallas técnicas u otros perjuicios que pudiera sufrir el asegurado a causa de tales acontecimientos. Se conviene que el asegurador queda liberado del pago de la suma garantizada cuando las disposiciones legales o contractuales establezcan la dispensa del proponente (res. 17.047/83).

El incumplimiento del contrato trae como consecuencia la ejecución de esta garantía, si no ha sido compensado este monto con entregas parciales o certificación de servicios.

4) **Fondo de reparos.** Responde con los mismos alcances que su similar en obra. Garantiza, por lo tanto, los ser-

vicios y/o suministros certificados periódicamente por el tomador, en caso de existir incumplimientos o vicios en la ejecución de lo contratado en cuanto a calidad y cantidad.

c) Obras, suministros y servicios privados

Le son de aplicación los principios antes enunciados para obras y suministros y/o servicios públicos. Sosteniendo este criterio, nuestros tribunales se han pronunciado de este modo: "el cuestionamiento intentado respecto de la aplicación analógica del art. 1º, inc. c, del decret. 411/69 efectuada en la sentencia con el argumento de que la norma se aplica sólo a las obras públicas en que el asegurado es el Estado, contradice lo sostenido por el propio apelante donde expresa —con cita de doctrina— que a las obras privadas le son aplicables los principios correspondientes a las obras públicas. Sin perjuicio de ello la aplicación extensiva, en lo pertinente, del decreto mencionado a los contratos de obra privada parece incuestionable, dada la similitud de situaciones que se plantean, art. 16 del Cód. Civil, y así ha sido reconocido doctrinariamente (Farina, Seguros de caución, RDCO, 1981-521 y ss., CNCom, Sala E, 15/8/86, LL, 1986-E-120 a 126).

d) Garantías aduaneras

De conformidad con lo dispuesto por el art. 453 de la ley 22.415, pueden reemplazarse con pólizas de caución tributos aduaneros autorizados por la Superintendencia de Seguros de la Nación, según la res. 15.462 de fecha 13/8/87, mediante la cual queda permitida la utilización de nuevas condiciones contractuales, modalidades operativas y certificados de cobertura.

El art. 453 establece que "el régimen de garantía previsto en este título debe ser utilizado cuando se pretendiere obtener":

1) *Diferencia de derechos, tasas y demás tributos (inciso a).* En el supuesto del libramiento de mercadería cuya importación o exportación estuviera sujeta a la eventual exigencia de diferencias por tributos. En tal caso, debe abonarse el importe que resultare de la liquidación estimativa de tributos practicada en la declaración comprometida y garantizar la diferencia entre esa cantidad y el máximo que el servicio aduanero considerase que pudiera adeudarse en ese concepto.

2) *Importación temporaria (inciso c)*. La garantía debe asegurar el importe de los eventuales tributos que gravaren la importación para el consumo de la mercadería. En el caso de que ésta se hallare afectada por una prohibición, la garantía debe además cubrir un importe igual al de su valor en aduana³².

3) *Exportación temporaria (inciso d)*. La garantía debe asegurar el importe de los eventuales tributos que gravaren la exportación para consumo de la mercadería de que se trata. Si la exportación estuviera afectada por una prohibición, la garantía debe también cubrir un importe equivalente al de su valor imponible previsto en el art. 735³³.

4) *Franquicias o beneficios a las importaciones para consumo (inciso e)*. En ciertos casos, las importaciones para el consumo son beneficiadas con franquicias u otros beneficios (importación de misiones diplomáticas extranjeras, representantes permanentes de misiones diplomáticas extranjeras, etcétera).

El seguro de caución podrá ser empleado para el libramiento de mercadería sujeta al cumplimiento de una o más obligaciones impuestas como condición de una franquicia o beneficio, cuando a criterio de la Administración Nacional de Aduanas, el otorgamiento de la garantía (cuyo monto ella establece) sea conveniente, teniendo en cuenta los antecedentes del interesado, su situación económica y financiera.

5) *Falta de documentación (inciso f)*. El libramiento de mercadería respecto de la que se hubiere autorizado el registro de una declaración de importación, sin la presentación de toda o parte de la documentación complementaria (v.gr., conocimiento, certificado de origen, acreditación de origen y recargo automático).

La garantía debe asegurar el importe de la multa automática prevista por el art. 320. En el caso de que la documentación complementaria consistiere en el conocimiento, carta de parte, u otro documento que cumpla igual función, o si el documento faltante tuviera por efecto la inaplicabilidad de prohibiciones y el Poder Ejecutivo hubiera autoriza-

³² Este tema se encuentra reglado en la Sección II, Título II, Capítulo 3º, arts. 260 a 273 del Cód. Aduanero.

³³ La regulación de este tipo de póliza se encuentra en la Sección IV, Título I, Capítulo 3º, arts. 349 a 373 del Cód. Aduanero.

do el libramiento en tales condiciones, la garantía deberá además el importe equivalente al valor en aduana de la mercadería.

Si se da el supuesto de que la ausencia de documentación pudiera originar una diferencia de tributos, la garantía deberá cubrir también el importe previsto según el art. 453, inc. a).

Para comprender algo más el punto, es conveniente recordar que en los quince días siguientes al arribo de la mercadería, el importador debe solicitar una destinación de la importación, siendo pasible en caso contrario de una multa automática del 1 % del valor en aduana de los efectos. Asimismo tiene que presentar la documentación pertinente para obtener el despacho, o deberá soportar otro recargo automático, el que asciende también al 1 % del valor en aduana.

6) *Ley antidumping (inciso g)*. Teniendo en cuenta que existe dumping, cuando el precio de exportación de una mercadería importada fuera inferior al precio comparable de ventas realizadas en operaciones comerciales de mercaderías de similares características, en el mercado interno del país de origen. De tal modo cuando el libramiento de una mercadería importada para consumo estuviera sujeta a derechos compensatorios o antidumping, el despacho se podrá realizar contra una garantía que cubra estos derechos.

7) *Tránsito terrestre (inciso j)*. La garantía debe asegurar el importe de los eventuales tributos que gravaren la importación para consumo de la mercadería en cuestión. Si dicha importación estuviere afectada por una prohibición, la garantía debe además cubrir el importe equivalente a su valor en aduana.

8) *"Draw back" (inciso k)*. El draw back es el régimen en virtud del cual se restituyen, total o parcialmente, los importes que se hubieran pagado en concepto de tributos que gravaron la importación para consumo, si la mercadería se exporta para consumo después de haber sido objeto de algún perfeccionamiento o para adicionar o envasar otra mercadería exportable.

La Administración Nacional de Aduanas puede anticipar esta devolución de tributos en el caso de que se presente una garantía que cubra el monto anticipado más un 10 % en concepto de eventuales sanciones y accesorios.

9) *Reintegro impositivo y reembolso (inciso l)*. Reintegro es la institución por la cual se restituyen, total o parcial-

mente, las sumas que se hubieren abonado en concepto de tributos internos, por mercadería que se exportare para consumo a título oneroso, o por servicios que se hubieren prestado en relación con dicha mercadería.

Por su parte, se denomina reembolso la operación por la cual la Administración Nacional de Aduanas restituye los tributos por pago de impuestos internos y los que hubiera podido abonar a título de impuestos por la previa importación para consumo de la mercadería (en su totalidad o en parte) a exportar o para los servicios sobre dichos bienes.

Tanto el reintegro como el reembolso pueden ser anticipados contra entrega de una garantía y en iguales condiciones que el draw back (inc. k).

10) *Habilitación de depósito fiscal (inciso m).* La Administración Nacional de Aduanas otorga la habilitación de un lugar para su funcionamiento como depósito aduanero. Dentro de las condiciones que exige, se encuentra la constitución de garantía por la eventual responsabilidad penal y obligaciones tributarias del depositario, o de aquel por quien éste debiere responder, según el caso.

e) *Otras aplicaciones del seguro de caución*

1) *Alquileres.* El fin de este seguro es garantizar los contratos referentes a bienes (muebles o inmuebles) dados en alquiler. Se puede garantizar así el pago de los alquileres y/o el depósito en garantía. Con referencia al primer concepto, en caso de incumplimiento en el pago, la aseguradora abonará al asegurado los alquileres adeudados hasta el momento en que sea restituido el bien. Como un primer paso, el asegurado deberá excluir los bienes del tomador y en el supuesto de resultar éste insolvente recién podrá reclamar la póliza.

Como se ha anticipado, también la póliza sustituye al depósito en garantía asegurando al beneficiario la reparación o sustitución del bien alquilado, lo que no puede ser imputado al pago del arrendamiento.

2) *Actividad o profesión.* La póliza de seguro de caución, para el desempeño de una actividad o profesión, tiene por objeto garantizar al asegurado el cumplimiento de ella, conforme lo dispongan las normas legales y reglamentarias vigentes, poniendo a su alcance un medio que le reintegre el importe de la multa, sanción o deuda emergente. El campo de aplicación de esta clase de pólizas se incrementa día a

día, contando en la actualidad su mayor difusión en actividades como el turismo, estibajes, corretajes, así como también en la lotería y el Prode.

3) **Garantías judiciales o contracautelas.** En el Código de Procedimientos Nacional, en los provinciales y en algunas leyes especiales, para el cumplimiento de ciertos actos, se exigen garantías reales o personales en resguardo de los derechos de terceros que pudieren verse afectados. A título de ejemplo se pueden mencionar: el art. 354, inc. 4º, del Cód. Processal²⁷, que autoriza al actor a proseguir con la demanda, salvando la excepción previa de arraigo, constituyendo una caución; el art. 555 del mismo Código²⁸ que permite seguir los trámites de la ejecución, previa constitución de una fianza, el art. 199 (C.P.P.P.)²⁹ que exige una caución ante el pedido del actor (tomador) una medida cautelar, como un embargo preventivo o una inhibición de bienes, contra un tercero. La póliza tiene por objeto, en consecuencia, indemnizar al tercero por los daños y perjuicios que la medida judicial conferida pudiere ocasionarle.

B. NATURALEZA JURÍDICA

Existen en la actualidad confusiones e interpretaciones contrapuestas sobre la naturaleza jurídica del seguro de cau-

²⁷ Art. 354. "Una vez firme la resolución que declare procedente las excepciones previas, se procederá... 4º) a fijar el plazo dentro del cual deben subsanarse los defectos o arraigar, según se trate de las contempladas en los incs. 1º y 2º del art. 347 o en el art. 348. En este último caso se fijará también el monto de la caución".

²⁸ Art. 555. "Cuando el ejecutante diere fianza de responder de lo que percibiere si la sentencia fuere revocada, el recurso se concederá en efecto devolutivo. El juez establecerá la clase y el monto de la fianza. Si no se prestase dentro de los cinco días de haber sido concedido el recurso, se elevará al expediente a la Cámara. Si se diere fianza se remitirá también el expediente dejándose, en primera instancia testimonio de las puestas necesarias para que prosiga la ejecución".

²⁹ Art. 199 del Cód. Processal. "La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del art. 208. En los casos de los arts. 210, incs. 2º y 3º, y 213, incs. 2º y 3º, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar. El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica".

ción. La gran pregunta es si se trata de un seguro o de una fianza onerosa; en este sentido se han elaborado distintas opiniones que sintetizaremos así:

a) Doctrina de la fianza

Los sustentadores de esta doctrina entienden que el llamado seguro de caución es un contrato de fianza instrumentado en una póliza de seguro.

La compañía aseguradora asume una obligación accesoria, subsidiaria y condicional, lo que permite incluirla dentro del marco del contrato de fianza.

La obligación es accesoria, pues como lo establece el art. 523 del Cód. Civil, existe en razón de la obligación principal que asume el deudor (tomador), al punto de que, independientemente de ella, carecería de sentido y función jurídica⁴⁸. Es subsidiaria con respecto a la persona que contrae la obligación principal (tomador), pues la compañía asumirá la obligación a que se ha comprometido, si el tomador no cumple con la suya (art. 524, Cód. Civil)⁴⁹.

Asimismo es innegable que la obligación del contratista constituye la razón de ser de la existencia de la obligación de la aseguradora⁵⁰.

Finalmente es condicional, porque funciona supeditada al incumplimiento de la obligación principal, y este incumplimiento encuadra dentro de los requisitos del art. 528 del Cód. Civil⁵¹, ya que se trata de un acontecimiento futuro e incierto⁵². Para comprender el encuadre del seguro de cau-

⁴⁸ Art. 523 del Cód. Civil: "De dos obligaciones, una es principal y otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra".

⁴⁹ Art. 524 del Cód. Civil: "Las obligaciones son principales o accesorias con relación a su objeto, o con relación a las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas cuando son contratadas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como son las cláusulas penales. Las obligaciones son accesorias a las personas obligadas, cuando éstas las contraen como garantes o fidejores. Accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca".

⁵⁰ Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Bs. As., 1947, t. VI, vol. I, p. 223.

⁵¹ Art. 528 del Cód. Civil: "La obligación es condicional, cuando en ella se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido".

⁵² García, *Naturaleza jurídica del seguro de caución*, LL, 1975-C-755.

ción como un contrato de fianza⁴⁵, es conveniente recordar algunas nociones básicas de este instituto.

La fianza es una especie del género de las garantías, las que en una primera clasificación pueden ser divididas en reales (hipoteca, anticresis, prenda) y personales (fianza, delegación imperfecta de deuda, solidaridad).

El garante en la fianza responde con todo su patrimonio, sin afectar bienes determinados, en oposición a lo que acontece en las garantías reales, ya que con ellas se afecta el producido de ciertos y determinados bienes muebles o inmuebles.

La constitución de una fianza puede realizarse mediante la celebración de un contrato entre el fiador y el acreedor; o sea, requiere el acuerdo de dos voluntades, pero al mismo tiempo es un contrato unilateral, pues las obligaciones existentes al tiempo de su celebración están exclusivamente a cargo del fiador, sin perjuicio de que con posterioridad nazcan obligaciones a cargo del deudor o del acreedor.

Diferente es la situación contemplada por el art. 1987 del Cód. Civil; en este punto Salvat⁴⁶ expresa que del texto literal del artículo pareciera derivarse que el consenso entre fiador y acreedor no es de la esencia de la fianza, pues podría constituirse por un acto unilateral independiente de la voluntad del acreedor, pero de admitir tal conclusión, tendríamos que negar la naturaleza contractual de la fianza.

En la dilucidación de esta cuestión, se trae a colación el Proyecto de Freitas; los arts. 3285 y 3286 del mencionado proyecto son coherentes; el primero de ellos es similar a nuestro art. 1986, y el segundo expresa: "habrá fianza, como acto unilateral antes de su aceptación por el acreedor cuando la fianza fuera legal o judicial". El Código Civil argentino admite expresamente la fianza legal y judicial en su art. 1987⁴⁷.

Ahora bien, según surge del citado Proyecto, la fianza contractual sólo puede existir a condición de que el acreedor acepte la obligación contraída por el fiador, por lo cual se trata de un acto bilateral y, solamente en el caso de la

⁴⁵ Art. 1986 del Cód. Civil: "Habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria".

Art. 1987 del Cód. Civil: "Puede también constituirse la fianza como acto unilateral antes que sea aceptada por el acreedor".

⁴⁶ Salvat - Acuña Anzorrena, Tratado. Obligaciones, t. III.

⁴⁷ Art. 1987 del Cód. Civil: "La fianza puede ser legal o judicial...".

fianza judicial o legal, se admite que se constituya por un acto unilateral antes de su aceptación por el acreedor. Salvat entiende que Vélez Sársfield sigue las líneas del mencionado Proyecto en el sentido de que, salvo las situaciones de excepción apuntadas, la fianza es un contrato consensual.

En el supuesto de que alguien garantice el cumplimiento de una obligación asumida por otro, mediante un acto unilateral, antes de su aceptación por el acreedor, se entiende que no es una fianza, sino una promesa de fianza, cuyo cumplimiento puede ser requerido y el que la efectúa es responsable por los daños y perjuicios, en caso de que posteriormente desconozca la garantía prometida. Se puede considerar que esta promesa es un caso de estipulación por otro, o de un contrato a favor de terceros (art. 504, Cód. Civil); de este modo, el derecho del beneficiario nace con la manifestación del promitente.

En otro orden de ideas, es interesante recordar lo dispuesto por los arts. 1991 y 1992 del Cód. Civil. El primero establece que la fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal, y el siguiente expresa que "cuando la obligación principal no tuviere por objeto el pago de una suma de dinero, o de un valor apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, o algún hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador de la obligación sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por inexecución de la obligación".

Las normas en último término mencionadas, concuerdan con el sistema del seguro de caución, ya que la compañía aseguradora no se obliga, por ejemplo, a realizar materialmente la obra a que se comprometió el contratista, sino a pagar la suma que se estableció como indemnización, funcionando de manera similar a una cláusula penal (art. 652, Cód. Civil)¹⁸.

En cuanto a los beneficios de excusión y división, este último sólo se da en el caso de pluralidad de fiadores, en tanto el primero es característico de la denominada fianza simple o civil, y se halla consagrado en el art. 202 del Cód. Civil al establecer: "el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin previa excusión de todos los bienes del

¹⁸ Art. 652 del Cód. Civil: "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación".

deudor". Lo que significa que el fiador sólo responde una vez que han sido ejecutados los bienes del deudor, y habiendo resultado ello infructuoso.

Como bien aclara Fernández⁴⁹, no nos hallamos frente a un precepto de orden público, por lo cual las partes pueden convenir, por ejemplo, en la fianza comercial, la existencia de tales beneficios y también la renuncia de exigir la previa interpelación al deudor⁵⁰.

Es importante asimismo traer a colación el debate referente a si la onerosidad transforma la fianza en un contrato de seguro. Al respecto Acuña Anzorena⁵¹ opina que el pacto de retribución no subvierte la verdadera esencia de la convención, aun cuando se tornen aplicables, en lo pertinente, ciertas reglas propias del contrato de seguro. Por el contrario, quienes consideran la gratuidad de la esencia de la fianza, no pueden admitir tal postura, por lo que entienden que en tal supuesto el fiador actúa como asegurador al tomar sobre sí, a cambio de una prima (precio de la fianza), el riesgo de la insolvencia del deudor, que no quiere asumir el asegurado.

En doctrina, sin embargo, se destacan como las notas distintivas de mayor relevancia entre el contrato de seguro y el de fianza, los siguientes: a) el primero no precisa ninguna otra convención para su perfeccionamiento, en tanto la fianza accede necesariamente a otra principal sin cuya existencia no se concibe; y b) la obligación primordial del asegurador consiste en reparar un daño efectivamente sufrido, en la medida exacta en que éste lesiona el patrimonio del asegurado, y previa comprobación de su importancia. La fianza, por el contrario, puede resultar exigible con prescindencia de esta condición, tal como ocurre con las cláusulas penales y las arras (arts. 652 y 1202, Cód. Civil)⁵². En el seguro de caución, cuando el fiador paga, ante el incumplimiento del deudor, no está indemnizando, sino que al hacer-

⁴⁹ Fernández, Raymundo L., *Código de Comercio de la República Argentina Comentado*, Bs. As., 1956, t. II.

⁵⁰ Caso "Hirsch y Cia c/Varcesi", JA, 35-1440: "El fiador no tiene derecho a exigir que previamente sea interpelado judicialmente el deudor, si se estipuló que la persona ante la cual se da de garante, no quedaba obligada a recurrir a los tribunales a fin de agotar antes los recursos para hacer cumplir el pago al deudor".

⁵¹ Salvat, *Tratado. Obligaciones*, t. III, p. 340, nota 8, a.

⁵² Ovejero Gómez, *Garantía por póliza de seguro*, JA, 1967-VI-817.

lo en lugar del deudor principal, se constituye en un segundo deudor, siendo, en consecuencia, fiador y no asegurador.

Para poder hablar de contrato de seguro, éste debe ser concertado por el acreedor, y la indemnización debe consistir en la reparación del efectivo daño causado por la insolvencia del deudor. Esta última es considerada por la doctrina más prestigiosa como la imposibilidad que tiene el deudor de satisfacer puntualmente y con los recursos normales las obligaciones que gravan su patrimonio, en un momento dado²⁴.

En el seguro de caución el asegurador paga ante el mero incumplimiento del deudor, o sea, cuando este último no cumple con su obligación, llegado el vencimiento. Ello puede ser consecuencia de un estado de insolvencia o también constituir simplemente un acto intencional, de lo cual deriva que ello no configura un siniestro indemnizable.

El seguro en análisis constituye para Grosso una fianza solidaria instrumentada por medio de una póliza de seguro. Si bien en un primer acercamiento al tema, esta figura podría ser considerada como un contrato de seguro, ante la amplia tipificación que brinda el art. 1º de la ley 17.418, debe descartarse al observar que el asegurador está obligado a pagar la suma estipulada por el mero hecho del incumplimiento del deudor, por lo cual hacer jugar la responsabilidad de la compañía aseguradora podría llegar a ser un acto voluntario del tomador, restándole así a la operación el carácter aleatorio y determinando la inexistencia del riesgo. De esa forma, se torna imposible su encuadre como un seguro según lo dispuesto en el art. 2º de la citada ley²⁵.

Recalca, asimismo, que en el contrato de seguro se indemniza si se produce una pérdida neta definitiva, resultante de la incobrabilidad de los créditos, y derivada de la insolvencia del deudor. Esto no acontece en el de caución, pues al vencimiento de la obligación, el asegurador se hace cargo de ella soportándole en lugar del deudor principal, lo que no deja lugar a duda de que se trata de un fiador solidario.

Por otra parte, se sostiene que no es posible su equiparación con el seguro por cuenta de terceros, porque si bien

²⁴ Fernández, Raymundo L., *Fundamentos de la quiebra*, Bs. As., 1937, p. 177 y siguientes.

²⁵ Grosso, *El seguro de caución*, ED, 35-491.

tenemos un estipulante asegurador y un beneficiario, el primero no actúa como gestor del asegurado, por tanto no tiene derecho a la restitución del premio el que se considera a su exclusivo cargo.

Finalizando este punto recordamos la opinión de Álvarez Palacios, para quien²⁴: "en el seguro de caución la estructura del contrato de seguro se mantiene con variaciones tales que lo perfilan como un contrato complejo de seguro típico con notas similares a la institución de la fianza del Código Civil, pudiendo decirse que bajo la forma de contrato de seguro trátase de un instituto de fianza".

b) Doctrina asegurativa

El art. 1° de la ley 17.418 da la definición legal del contrato de seguro estableciendo que éste existe "cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto". Dicha norma se complementa con lo dispuesto por el artículo siguiente, que dice que tal contrato puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley.

De este modo surgen los elementos tipificantes del seguro: el evento, y el interés asegurable, ausentes en el contrato de fianza y en el caso del liso, llano y principal pagador. Quienes entienden que el seguro de caución es una fianza que no debe instrumentarse como seguro, interpretan que son erróneos los conceptos empleados en las pólizas, tales como "riesgos", "siniestro" o "interés asegurable", criterio que, por supuesto, no comparten los que sustentan la posición en este punto analizada.

Con respecto al riesgo, si se considera como tal la posibilidad de que se produzca un evento económicamente dañoso, como consecuencia de un hecho incierto e independiente de la voluntad del asegurado, en este tipo de seguro se puede hablar de "riesgo", pues el asegurado está expuesto él: la falta de ingreso a su patrimonio del porcentaje fijado como cláusula penal, en caso de incumplimiento, por parte del tomador, de su obligación de dar cosas o de hacer.

El Estado, por su parte, corre un riesgo evidente que puede cubrir como hemos visto, mediante el depósito pre-

²⁴ Álvarez Palacios, Algo sobre el denominado seguro de caución, *Zeus*, D-123.

vio en dinero o títulos, la constitución de derechos reales, una fianza, aval bancario o un seguro de caución.

El siniestro, se produce ante el mero incumplimiento del deudor, lo que no es visto como una desnaturalización del seguro, por cuanto en estos casos, en el contrato o en la ley (v.gr. leyes de contabilidad y de obras públicas) se dispone que el contratista debe efectuar un depósito en garantía y, de no existir seguro, el Estado o la empresa contratante incorporarla de inmediato el dinero caucionado en su patrimonio ante el mero incumplimiento, sin necesidad de acción judicial alguna para lograr su cobro. Es decir, que en el caso especial del seguro de caución, el pago ante la falta de cumplimiento del deudor, sin esperar su insolvencia (requisito básico del seguro de crédito), no desnaturaliza los principios asegurativos, porque siendo éste el momento en que se produce el siniestro, la compañía está obligada a indemnizar.

Llegamos así al interés asegurable, que consideramos que existe en la persona del asegurado y está representado por el derecho que él posee sobre el monto de la cláusula penal y que está amenazado por el riesgo de que el deudor no lo pague. Hay que aclarar que el tomador tiene interés en celebrar el contrato, porque con ello evitará hacer el depósito en dinero o título, o constituir otro tipo de garantía que le resultaría más gravosa, pero éste no es un interés asegurable, por cuanto no se trata de una parte de su patrimonio, expuesto a un riesgo ajeno a su voluntad³⁰.

En otro orden de ideas, y atendiendo principalmente a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico, en la ley 20.091, se dispone que las entidades aseguradoras deben tener por objeto exclusivo ejecutar operaciones de seguro (art. 7º), y en otra disposición establece que no podrá otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros, salvo cuando estas fianzas o garantías configuren económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas.

La ausencia de un claro concepto del seguro de caución, y su frecuente confusión con el de crédito, han conducido a que las entidades aseguradoras y los organismos del Estado formularan teorías acerca de cómo interpretar el art. 7º, inc. b, de la mencionada ley, llegando a permitir que las compañías otorguen fianzas, y hasta se obliguen como liso, llano y principal pagador, bajo el nombre de contrato de seguro y

³⁰ García, *Naturalización jurídica del seguro de caución*, LL, 1975-C-763.

emitiendo una póliza. Según Farina, la voluntad de la ley es clara: las entidades aseguradoras sólo pueden tener por objeto exclusivo efectuar operaciones de seguros estándoles prohibido otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros. Lo que en la práctica acontece es que dichas entidades se obligan como liso, llano y principal pagador, constituyéndose de tal manera en codeudoras de solidarias (art. 2005, Cód. Civil); en este punto, si aceptamos que puedan obligarse de ese modo, debe concluirse que de los arts. 29, inc. i, y 7º, inc. b, de la ley 20.091, surge que los aseguradores no podrán otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros salvo cuando configuren económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas.

El intento de querer sostener que pueden haber operaciones de seguro celebradas mediante contratos no encuadrables dentro del concepto de seguro que establece la ley, carece de sustento jurídico. El seguro de caución no está normado específicamente por la ley 17.418, pero como se trata de una operación de seguro tendrá que ajustarse a los requisitos y efectos que dicha normativa establece como principios generales, aplicables a todos los tipos de seguros (arts. 1º a 84).

La ley 17.804 complementaria de la de obras públicas 13.064, dispone que las garantías que los licitantes y contratistas de obras públicas deben prestar a los entes estatales pueden ser constituidas mediante seguros de caución. En cumplimiento de lo establecido por la referida ley, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el dect. 411 del 31 de enero de 1969 en el cual se disponen, imperativamente, las condiciones básicas a las que deben ajustarse los seguros de caución celebrados en favor del Estado, para garantizar la ejecución de obras públicas encomendadas a contratistas privados.

De la armónica interpretación de la ley 17.804 y del decreto mencionado, resulta que el seguro de caución configura a ciencia cierta un contrato de seguro y no una fianza.

Ambas disposiciones legales se refieren a las condiciones básicas que cabe reunir la póliza en los seguros de caución, y la póliza, precisamente, implica la perfección del contrato de seguro, del que es una consecuencia, su prueba capital y guía interpretativa.

Del análisis de los contratos de fianza y del seguro de caución surgen diferencias como las siguientes:

1) El contrato de fianza se celebra entre el acreedor y el fiador, siendo el deudor un tercero ajeno al contrato.

2) El seguro de caución se celebra entre el posible deudor (tomador) y la compañía aseguradora, que actúa a modo de garante frente al posible acreedor (tercero beneficiario).

3) La fianza puede garantizar cualquier clase de obligaciones (art. 1993, Cód. Civil)³⁷.

4) El seguro de caución sólo puede referirse al derecho indemnizatorio eventual del asegurado emergente del incumplimiento del tomador del seguro.

Queda evidenciado, asimismo, que el seguro de caución reúne los requisitos de los arts. 1º y 2º de la ley 17.418:

1) Existe un riesgo que es el posible incumplimiento contractual del tomador frente al asegurado.

2) El evento es futuro e incierto, pues no se trata de una condición meramente potestativa del tomador.

3) El tomador paga una cuota o prima³⁸.

4) El asegurado tiene interés en que no se verifique el incumplimiento del contratista (interés asegurable)³⁹.

Nuestros tribunales reiteradamente se han pronunciado, encuadrando el seguro de caución como un verdadero seguro y así han expuesto que: "La controvertida naturaleza del llamado seguro de caución, seguro de fianza, aval, etc., no ha sido óbice para que nuestro derecho positivo lo admitiese como un verdadero contrato de seguro a partir del decr. 7607/61, sin que por ello, hayan dejado de repercutir ciertas peculiaridades del régimen inherente a este seguro" (CNCom, Sala C, 22/4/77, Rep LL, XXXVI-1890, sum. 78).

"Asignar el carácter de fianza al seguro de caución implicaría tanto como dar calidad de fianza a cualquier garantía otorgada por terceros al acreedor (CNCom, Sala B, 24/5/76, Rep LL, XXXVII-1521, sum. 66).

El seguro de caución configura un seguro, debiéndose aplicar los principios que rigen ese instituto (CNCom, Sala A, 26/6/85, "Orden de San Agustín c/Anta").

Para concluir considero importante traer a colación la opinión de Ciollaro⁴⁰, quien afirma: "el seguro de caución es

³⁷ Art. 1993 del Cód. Civil: "Toda obligación puede ser afianzada...".

³⁸ Farina, *Seguro de caución*, RDCO, 1991-311.

³⁹ En el seguro de caución el interés asegurable consiste en el cumplimiento por parte del empresario de una prestación económica no dineraria que debe ejecutarse en el futuro. CNCom, Sala C, 28/2/33, LL, 1935-B-510.

⁴⁰ Ciollaro, *Seguro de caución*, obra citada, p. 2.

un contrato de garantía, instrumentado mediante la forma y el procedimiento de los seguros, cuya naturaleza jurídica le es propia. Pero no ha sido normado como tal, distinto de cualquier otra forma jurídica de garantía. El mencionado autor, si bien lo califica como una figura autónoma aconseja, sin embargo, encuadrarlo dentro del marco de la esfera asegurativa debido a que: 1) su manejo en el país fue y es realizado con éxito por compañías aseguradoras demostrando ser las más idóneas por su estructura organizativa (constitución de reservas, dispersión, reaseguro, etc.); 2) las compañías que trabajan esta póliza, en general, tienden a especializarse en la materia y separan su tratamiento del resto de los seguros, debido a su complejidad y distinta forma de suscripción; 3) en el ámbito internacional su forma es la de *bonds* o seguros de fianza (palabra multívoca que no debe confundirse con la fianza civil).

c) Nuestra opinión

Compartimos el criterio de considerar al seguro de caución como un contrato de seguro que presenta características que le son propias y lo asimilan en algunos de sus aspectos a la fianza, considerando, como ya hemos manifestado, la necesidad del dictado de una normativa específica que regule este importante instituto dentro del marco de la ley 17.418.

8. CLÁUSULA DE LISO, LLANO Y PRINCIPAL PAGADOR

Es frecuente observar que las entidades aseguradoras emiten pólizas de seguro de caución las que constan de un suplemento (endoso) por el cual se derogan parcialmente las cláusulas de la póliza tipo aprobada por la Superintendencia de Seguros, estableciéndose que la aseguradora se obliga como fiador solidario, liso, llano y principal pagador.

Con los efectos del párrafo anterior puede aparecer en la póliza el siguiente texto: "se deja expresa constancia que esta compañía se constituye en fiador, liso, llano y principal pagador, con renuncia del beneficio de división y excusión, de acuerdo a los términos del art. 2013 del Cód. Civil por la totalidad del monto, sin restricciones ni salvedades, y por todo el término del contrato. Asimismo quedan sin efecto el art. 3º, inc. b, y los arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10 de las Condiciones Generales de la póliza. En consecuencia, esta

compañía queda obligada a hacer efectiva la suma de tantos pesos tan pronto el asegurado lo requiera”.

La aseguradora asume de tal forma la posición de una codeudora solidaria, la que es más comprometida que la situación del fiador. Así el deudor solidario no puede usar defensas personales del compañero (art. 715, párr. 1º, parte 2º) salvo la compensación (art. 830, Cód. Civil). El fiador puede hacer uso de las defensas personales del deudor, con la única excepción de que no puede invocar la incapacidad de este último (arts. 2020 y 2021, Cód. Civil). La obligación del codeudor subsiste, aunque caiga del compañero conforme el argumento del art. 703 del Cód. Civil⁸¹.

La aseguradora, como codeudora solidaria, no puede en este caso excusarse de pagar, invocando el incumplimiento por parte del asegurado de lo normado en el art. 1º, incs. e y f del dect. 411/69⁸², o en la imposibilidad de cumplir, sobrevenida al proponente por caso fortuito o de fuerza mayor. El art. 2005 del Cód. Civil⁸³ dispone que quien se obliga como fiador, liso, llano y principal pagador, se convierte en codeudor solidario obligándose, por lo tanto, directamente frente al acreedor, el que puede reclamar la obligación en su totalidad, indistintamente a cualquiera de ellos como codeudores solidarios (art. 699, Cód. Civil)⁸⁴.

En el caso que nos ocupa, el tomador del seguro no es deudor frente al asegurado, salvo que la deuda surja del incumplimiento contractual, según lo estipulado en el contrato de obra celebrado entre el tomador y el asegurado, así la obligación de la compañía no nace hasta que el incumplimiento se produzca. En todos los casos el asegurado tendrá que invocar y acreditar la falta de cumplimiento para poder reclamar a la aseguradora el pago de la suma convenida.

⁸¹ Busso, Eduardo, Código Civil anotado, Bs. As., 1954, t. V, p. 31. Art. 703 del Cód. Civ.: “Aunque uno de los acreedores fuese incapaz de adquirir el derecho o contrar la obligación, ésta no dejará de ser solidaria para los otros. La incapacidad sólo puede ser opuesta por el acreedor o deudor incapaz”.

⁸² Ver nota 34.

⁸³ Art. 2005 del Cód. Civil: “Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificación de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios”.

⁸⁴ Art. 699 del Cód. Civil: “La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores”.

Expresa Busso "que el garante se obliga en condiciones más severas que las de la simple fianza, cuando se constituye en liso, llano y principal pagador. Frente a esto más que a las palabras hay que atenderse al fondo de la cuestión, por lo que si contrató para sí y en su interés, será realmente un codeudor solidario; en cambio, si se obligó en beneficio del deudor principal y para seguridad del acreedor, será simplemente garante. Aunque su garantía sea más efectiva que la de un fiador, no por ello deja de ser una garantía y no constituye, en consecuencia, una obligación principal y autónoma⁸⁵. Al respecto opina Salvat que quien se obliga como fiador liso, llano y principal pagador, pese a que se compromete como codeudor, su intención no es esa justamente, sino la de garantizar la obligación como fiador, si bien con una intensidad mayor que en la fianza simple o en la solidaria. Éste fue el criterio adoptado por la jurisprudencia en el caso "González, José M. c/Nocerino, José"⁸⁶.

En la práctica, la Administración Pública requirió que

⁸⁵ Busso, Código Civil anotado, t. V, p. 361.

⁸⁶ LL, 1-606.

1. "La fianza en garantía del cumplimiento de un contrato de locación como obligación accesorio, se extingue a los diez años conforme el art. 1506 del Cód. Civil, sin que obste a ello las circunstancias de tratarse de un fiador solidario y se haya convenido que la fianza se extendía a todo el tiempo que el inquilino ocupa la finca. 2. En consecuencia, la fianza como obligación esencialmente accesorio, se extingue en las mismas condiciones por extinción de la obligación principal (arts. 525 y 2042, Cód. Civil), no obsta a esa conclusión la circunstancia de que el demandado se haya obligado como fiador solidario y llano pagador, porque ello sólo puede tener el efecto de convertirlo en deudor solidario y directo de la obligación, facultando al acreedor para perseguirlo sin previa interpelación al locatario (arts. 2094 y 2095, Cód. Civil), pero no el de privar a la fianza de su carácter de obligación accesorio, en el sentido de que su existencia y rigor dependen siempre de la respectiva obligación principal (art. 523, y nota del art. 2094, Cód. Civil)".

Asimismo, siguiendo idéntico criterio, se dispuso que "la solidaridad de la obligación del garante no le confiere el carácter de contratante por sí y para sí, vale decir, de deudor directo, ni quita a su garantía la cualidad de obligación accesorio que depende para su validez de la obligación principal" (CCiv2ºCap, 28/11/35, LL, 1-606; CComCap, 17/4/36, LL, 2-188). "Una persona que interviene como garante de un contrato, aunque sea bajo la forma de solidaridad, no se hace parte de él ni tiene por qué intervenir en la reclamación que su garante dirija a la otra por una suma de dinero (CComCap 30/12/46, OF 187-73).

De lo expuesto resulta que un anexo que exprese que la aseguradora se obliga como fiador liso, llano y principal pagador resulta inocua y ello no altera el requisito que el decr. 411/69 impone al asegurado de realizar el trámite pertinente para que se configure el siniestro.

dicho seguro de caución contuviera una cláusula, por medio de la cual la aseguradora se constituyera en "liso, llano y principal pagador" del cumplimiento de las obligaciones del contratista-tomador.

El apartamiento de la clásica institución del seguro se hizo profundo, pero un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos caratulados "Previsión del Hogar, Sociedad Cooperativa de Seguros Ltda. c/Neuquén Provincia s/consignación"⁸⁷, sirvió como punto desencadenante para que la Superintendencia de Seguros, mediante la res. 16.508/81 dispusiera vedar a las aseguradoras que asumieran el carácter de "liso, llano y principal pagador" de las obligaciones que garantizaban.

Así, el primer semestre de 1981 en la provincia de Neuquén se dictó una sentencia en contra de la "Compañía de Seguros Previsión del Hogar", condenándola al pago de un siniestro en forma indexada, contrariamente a lo indicado por la garantía. Dicho fallo⁸⁸ se basa en un párrafo de las

⁸⁷ Farina, *Seguro de caución*, ED, 35-537.

⁸⁸ Causa "Previsión del Hogar c/Provincia de Neuquén s/consignación". Hechos: la parte actora al iniciar la demanda que suscribió un contrato de seguro de caución con las firmas Alfa Constructora SRL, y Alfamet Prefabricadas SRL, adjudicatarias de obras en dos localidades de la provincia de Neuquén. Ese seguro tenía por objeto cubrir, a petición de la demandada, los anticipos de fondos otorgados por el gobierno provincial y el cumplimiento de los contratos por parte de esas empresas. Rescindidos los contratos por incumplimiento, las autoridades de la provincia reclamaron de la actora el pago de las garantías originándose un intercambio de notas donde la actora rechazó la pretensión de la demandada de actualizar sus créditos por considerarla no prevista en las cláusulas contractuales. Finalmente se decidió consignar las sumas que entendía constituían su obligación. La provincia desconoce fundamento a la postura de la actora que contraría, a su juicio, los términos del contrato tenidos en cuenta para extender la póliza de seguro, y cuyos alcances fueron del conocimiento de la aseguradora, por ello, y sobre la base de las características que asigna al seguro de caución, considera improcedente la actitud de la consignataria. Asimismo, y a la luz de las normas convencionales que rigieron en el caso, reconviene por las sumas que indica en su escrito.

Doctrina: "Corresponde decidir si la actora cumplió su parte en el seguro mediante el pago de las sumas que consignó, o si éstas constituyen un monto insuficiente habida cuenta de las particulares condiciones del contrato instrumentado mediante el régimen de ajuste alzado".

Las pólizas indicaban como riesgo asegurado la garantía de ejecución de los trabajos a realizar y el anticipo de fondos convenido, fijados ambos en un 5 % y 25 % respectivamente, del costo originario... a la vez, imponían al asegurador "la obligación de responder con los mismos alcances y en la misma medida en que de acuerdo con la ley y el contrato motivo de este seguro corresponde afectar total o parcialmente la garantía a que hacen refe-

condiciones particulares que al respecto expresaba: "el asegurador responderá con los mismos alcances y en la misma medida en que, de acuerdo con las bases de la licitación o el contrato, motivo de este seguro, corresponda afectar total o parcialmente las garantías a que hace referencia esta póliza y no como se sostiene por la cláusula de liso, llano y principal pagador".

Con posterioridad, la Superintendencia de Seguros dictó la res. 16.508 del 10 de noviembre de 1981, prohibiendo toda emisión de endosos suplementarios y/o modificaciones a las pólizas autorizadas años atrás. Frente a ello se suscitaron graves problemas y se perdieron mercados que fueron obtenidos por entidades bancarias, al tener que recurrir los contratistas al aval bancario, que las reparticiones continuaban solicitando las pólizas en la forma y con las modificaciones y agregados por ellas exigidos, siendo de lo contrario rechazadas.

A fines del año 1982, y luego de varias reuniones con aseguradores, la Superintendencia de la Nación sancionó la res. 17.047* (8/12/82) que crea nuevas pólizas de caución y

rescata ambos. Por su parte, las condiciones generales indican de manera precisa el objeto y extensión del seguro así como el carácter jurídico que asume la aseguradora que se constituye ante el asegurado en fiador solidario, liso, llano y principal pagador de las obligaciones del proponente".

Por otra parte no resulta eficaz la defensa de la actora, basada en el carácter de la cláusula penal que acuerda al seguro y que obviamente resultaría admisible sólo en lo que hace al fondo de garantía, toda vez que esa estipulación que asume una función resarcitoria, a la vez que compulsiva, no puede entenderse en el caso como predeterminando el monto indemnizatorio si se tiene en cuenta el alcance meramente estimativo que se acuerda... al valor económico del contrato expresado en la cláusula 1ª. En tales condiciones la consignación intentada no satisface las exigencias de los arts. 758, 759 y concs. del Cód. Civil, a la vez que se torna procedente la reconvencción deducida.

Resolución: Se rechaza la consignación intentada y se hace lugar a la reconvencción deducida y en consecuencia se condena a la actora a pagar dentro del plazo de diez días la suma de... con más sus intereses hasta la notificación de esta sentencia y a partir de entonces conforme los que cobra el Banco Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento, con costas.

* Resolución general 17.047 de la Superintendencia de Seguros de la Nación de 8 de diciembre de 1982. Elementos contractuales para la emisión de garantías caucionales en licitaciones y contrataciones públicas.

Buenos Aires, 8 de diciembre de 1982

Visto la res. general 16.508, de fecha 10 de noviembre de 1981 y su correlativa 16.509 de la misma fecha, ambas dictadas por esta Superintendencia de Seguros.

admite nuevamente la cláusula de liso, llano y principal pagador (art. 3°).

10. OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS INTERVIENTES

En este seguro, las cargas recaen sobre el tomador o proponente y nunca sobre el asegurado, así el art. 1°, inc. c, del decr. 411/69 dispone que las pólizas deben "establecer

Considerando: Que, como consecuencia del fallo dictado con fecha 23 de abril de 1981 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Prestación del Hogar, Sec. Coop de Seguros Ltda c/Provincia del Neuquén s/consignación" esta Superintendencia de Seguros resuelve crear una comisión ad hoc con el objeto de estudiar la oportunidad y conveniencia de introducir modificaciones en los elementos contractuales y condiciones tarifarias del seguro de caución.

Que, simultáneamente, el organismo prohibió la emisión de pólizas, suplementos o endosos que constituyan al asegurador, en liso y llano y principal pagador de las obligaciones asumidas por el tomador de la póliza, en el contrato garantizado.

Que la precedente mencionada prohibición, solamente tuvo por finalidad evitar que -al convertirse en lisos y llanos pagadores de las obligaciones de los contratistas- las entidades aseguradoras asumieran obligaciones ajenas al objeto social exclusivo erigido por el art. 7°, inc. b, de la ley 20.091.

De dicha previsión guarda directa relación con la obligación de esta Superintendencia de Seguros de velar por el mantenimiento de la solvencia y capacidad económico-financiera de las entidades aseguradoras en beneficio directo de los asegurados.

Que las mencionadas notas distintivas de las entidades aseguradoras -solvencia y capacidad económico-financiera- podrían verse sensiblemente afectadas y hasta comprometidas en caso de que las obligaciones asumidas excedan el marco de una obligación accesorio, para convertirse en una obligación principal y directa.

Que esa circunstancia enervaría en la práctica toda posibilidad técnica de predeterminar con probabilidad razonable los límites de la exposición a riesgo del asegurador.

Que lo expuesto no obsta al reconocimiento de interés de los comitentes estatales en sentido de mantener ineluctum, en la medida posible de relación económica originariamente determinada entre el valor del contrato y la garantía exigida.

Que dicho interés se contempla y protege razonablemente con la inclusión de una cláusula que prevea el ajuste de la garantía otorgada en función de los índices oficialmente publicados previa elaboración por los organismos del Estado.

Que todas las circunstancias precedentemente relacionadas han sido consideradas por la Comisión creada por res. general 16.588, la que ha elaborado condiciones uniformes de las garantías exigidas en el ámbito de las contrataciones públicas.

Que las mencionadas condiciones de póliza han sido sometidas a consideración del Ministerio de Obras Públicas de la Nación y del Tribunal

que los actos, declaraciones, acciones u omisiones del participante de una licitación o adjudicatario de una obra, que actúe como tomador de la póliza, no afectarán en ningún caso los derechos del asegurado frente al asegurador". De la misma manera, el art. 2º de las condiciones generales dice: "las relaciones entre el tomador y el asegurador se rigen por lo establecido en la solicitud accesoria de esta póliza, cuyas disposiciones no podrán ser opuestas al asegurado. Los actos, declaraciones, acciones u omisiones del adjudicatario de la obra que actúe como tomador de la póliza no afectarán en ningún momento los derechos del asegurado

de Cuentas de la Nación, los que han manifestado su conformidad con la estructura y principios técnicos que informan las coberturas elaboradas.

Que dichas coberturas se adaptan convenientemente al objetivo técnico-económico de intangibilidad de las garantías previsto en las leyes reglamentarias de la contratación de obras, suministros y servicios públicos, en las distintas jurisdicciones provinciales.

Que esta Superintendencia de Seguros, puede considerar agotado el análisis de la cuestión, en su ámbito interno, en atención a la competencia y representación investida por los funcionarios intervinientes.

Que, en tales circunstancias, procede la aprobación con carácter general y uniforme para toda la plaza, de los elementos contractuales aludidos, los que deberán utilizarse obligatoriamente en reemplazo de los que han venido utilizándose hasta el momento, para la instrumentación de las garantías de contrataciones públicas.

Que, sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, corresponde que este organismo tome en consideración las reales dificultades que existen en diferentes jurisdicciones provinciales para la aceptación de pólizas que no contengan la cláusula, de liso, llano y principal pagador, en atención a la vigencia de normas legales que expresamente exigen dicha cláusula.

Que, como se ha expresado, la cláusula aludida importa una violación del objeto exclusivo de las entidades aseguradoras, cuando está referida a las obligaciones contractualmente asumidas por el tomador de la póliza.

Que, por el contrario dicha cláusula no importa que violación del objeto exclusivo del asegurador, si la misma se circunscribe a la obligación de garantía que exigen los pliegos de licitación o los contratos, por cuanto —en ese supuesto— se asume en forma directa la propia obligación accesoria de garantizar y no la de cumplir la totalidad de contrato.

Que —en consecuencia— la prudencia administrativa aconseja la compatibilización de las exigencias emergentes de las diversas legislaciones provinciales, con los requerimientos técnicos de la operadora caucional.

Que dicha compatibilización habrá de traducirse en un beneficio directo e inmediato para los organismos estatales de aquellas provincias cuya legislación exija imperativamente la inserción de la cláusula del "liso, llano y principal pagador", al facilitar la participación de las entidades aseguradoras en el mercado de garantías, con la sensible disminución de costos que ello significa.

Por ello y sido el Consejo Consultivo del Seguro.

El superintendente de Seguros de la Nación resuelve:

frente al asegurador. La utilización de esta póliza implica ratificación de los términos de la solicitud”.

El proponente debe poner el máximo empeño y diligencia en el acatamiento de los plazos y especificaciones técnicas insertas en el contrato e informará con prontitud y sin reticencia acerca de ellas al asegurador en el momento de solicitar la garantía; asimismo notificará rápidamente a éste de cualquier evento que, mediata o inmediatamente pudiera llevarlo a la imposibilidad de cumplimentar las obligaciones, debiendo pagar puntualmente las primas periódicas.

Art. 1º. Aprobar con carácter general y uniforme los elementos contractuales que obran como anexo de la presente resolución para la emisión de garantías caucionales en licitaciones y contrataciones públicas, los que reemplazan a los que venían utilizándose hasta la fecha y será de uso obligatorio.

Art. 2º. Requerir por la vía jerárquica correspondiente y con intervención del Ministerio del Interior, la aceptación obligatoria de las fórmulas aprobadas por el art. 1º, como garantía suficiente, en las licitaciones y contrataciones públicas en jurisdicción nacional, provincial y municipal.

Art. 3º. Hasta tanto las autoridades competentes en cada jurisdicción dispongan la aceptación obligatoria de los elementos contractuales aprobados por el art. 1º como garantía suficiente, las entidades aseguradoras quedan autorizadas a utilizar el siguiente endoso: “El asegurador se constituye en fiador solidario liso, llano y principal pagador de la garantía prevista en el pliego de la licitación o en el contrato, según corresponda”.

Dicho endoso sólo podrá ser utilizado por las entidades aseguradoras cuando concurren las dos circunstancias siguientes: a) que la fórmula de “liso, llano y principal pagador” esté efectiva y expresamente requerida en el pliego de condiciones o, en su caso en el contrato a garantizar; y b) que se refiera a licitaciones cuyo llamado haya sido publicado o a contratos que hayan sido instrumentados con anterioridad a la fecha en que la autoridad competente en cada jurisdicción, haya dispuesto la aceptación obligatoria de las pólizas que se aprueben por el art. 1º.

Art. 4º. A partir de la vigencia de la presente resolución queda prohibida la inserción de endosos, condiciones particulares o cláusulas adicionales en las pólizas de caución (con excepción del texto de endoso que se aprueba en el artículo anterior) sin la previa autorización escrita de esta Superintendencia de Seguros, la que será expresamente mencionada consignándose el número de la resolución correspondiente.

Art. 5º. En los casos que la garantía emitida se ajuste en forma automática por así exigirlo el pliego de la licitación o al contrato al que accede la garantía, el asegurador está obligado a facturar trimestralmente el premio correspondiente al ajuste en garantía, quedando obligado el tomador a cancelar el importe respectivo.

Art. 6º. A partir del primero de enero de 1983 quedan sin efecto las autorizaciones generales o particulares de los elementos contractuales que se reemplazan por los aprobados por el art. 1º.

Art. 7º. El art. 3º de la presente resolución entrará en vigencia a partir de la fecha.

El asegurado no tiene obligaciones por las que deba responder; él acepta la sustitución de un depósito en efectivo, por la garantía que ofrece la aseguradora y de la que podrá apropiarse ante el incumplimiento del deudor.

La falta de pago de la prima o la reticencia en la información del tomador, no suspenden ni anulan la cobertura.

Concordantemente ha dispuesto la Cámara Nacional del Comercio en el caso "La Construcción Cía. de Seguros c/Carquetti, Serafin"¹⁰ que "las obligaciones y cargas del contrato recaen sobre el tenedor o proponente (deudor afianzado) y no sobre el asegurado (acreedor), de ahí que ni la reticencia, ni la falta de pago de la prima inciden sobre la cobertura; ni que las estipulaciones relativas al 'cese de responsabilidad' por falta de pago de los suplementos del precio, sean válidas frente al asegurado, por lo que no suspenden la cobertura".

La falta de cumplimiento del pago de la prima, como ya se aclaró, no afecta al asegurado, lo que constituye una diferencia básica con respecto al resto de los seguros, en los que, por el contrario, ello autoriza a la compañía a suspender la cobertura.

En las condiciones para el caso de aceptación de la solicitud del seguro de caución usadas comúnmente por las compañías que operan en el ramo, se establece expresamente: "El proponente queda obligado a abonar a la aseguradora además del premio inicial las sucesivas facturas que aquélla emita hasta la finalización total del riesgo. Dichas facturas deberán ser abonadas por el proponente antes de la fecha inicial de cada período facturado"¹¹.

Las obligaciones del asegurado entonces no van más allá del deber de buena fe inherente a cualquier relación de derecho, entre ellas la de no efectuar ningún acto o hecho que impida al asegurador la subrogación en los derechos

¹⁰ CNCom y Sala C. 22/4/77, RepLL, XXXVIII-1980, sum. 76, ED, 76-608.

¹¹ CNCom, Sala A, 31/8/81, LL, 1982-A-228 y siguientes.

Dado que en el seguro de caución éste se "mantiene vigente hasta tanto el deudor haya sido liberado de su responsabilidad"... "Debe en consecuencia, abonar los premios correspondientes por los períodos en que se haya prolongado esa responsabilidad, por lo que el primer pago tiene el carácter de una liquidación sólo por el período inicial". (Conf. Sala C, "La Construcción SA Cía de Seguros c/Carquetti Serafin del 22/4/77, ED, 76-608/609, RepLL, XXXVIII-1980, sum. 77.)

del asegurado contra el deudor (prendas, privilegios, hipotecas, etc.), provocando su incumplimiento la extinción de las obligaciones que nacen de la póliza, según lo dispuesto por los arts. 2043 del Cód. Civil y 80 de la ley 17.418.

Este criterio es lógico, pese a que el Estado en su carácter de asegurado, generalmente lo cuestiona, porque la compañía, al asumir el riesgo, ha tenido en cuenta la existencia de estos privilegios; si el asegurado por su culpa los ha dejado perder, no es admisible que el asegurador cargue con esa responsabilidad y continúe afianzándolo, claro que si la actitud del asegurado no perjudicó a la compañía, o si el asegurado obtuvo otras garantías equivalentes, la "fianza subsiste".

En la generalidad de los casos el asegurado es el Estado, gozando como tal del derecho a exigir modificaciones a su favor (ius variandi), derecho que no existe en el área del derecho civil en la que impera el principio de inmutabilidad (art. 1197, Cód. Civil).

La mutabilidad del riesgo sólo es admisible si tiene límites previstos en la ley aplicable, o en el mismo contrato según las condiciones generales de la póliza. En las condiciones de la solicitud (art. 6º) se establece que salvo las especialmente previstas por las leyes, la compañía no reconocerá ninguna alteración o modificación posterior de las convenciones entre el proponente y el asegurado tenidas en cuenta por la compañía para emitir la póliza, salvo expresa conformidad previa otorgada por escrito por los primeros.

Si el asegurado y/o el tomador modificaran las condiciones sin el consentimiento del asegurador, éste puede solicitar la liberación de sus compromisos.

Antes de adecuarse las pólizas al decr. 411/69, se utilizaba otra cláusula que si bien establecía básicamente lo mismo, presentaba algunas diferencias en cuanto a las cargas; la antigua es actualmente empleada para las garantías exigidas por las provincias, por las municipalidades, y reparticiones autárquicas nacionales, organizadas como sociedades anónimas para las que no es obligatorio el decreto 411/69, aunque de hecho algunos lo utilizan.

El art. 4º de la vieja normativa, fue y es uno de los más controvertidos, al expresar: "El asegurado deberá dar aviso a la compañía de los actos u omisiones del proponente que a su juicio, den lugar a la indemnización estipulada en esta póliza. Dentro de un plazo estricto de diez días de acaecidos aquéllos, con arreglo a las disposiciones legales o contrac-

tuales pertinentes, so pena de perder los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza". Esta disposición fue duramente criticada por la mayoría de los entes estatales y es coherente, pues si esta carga es operativa en los seguros en general no puede concebirse en los de caución por su imposibilidad fáctica.

El asegurador responderá al asegurado mediante el pago de una suma de dinero, como monto máximo estará dado por el de la caución exigida al licitante, en caso de incumplimiento total o parcial de este último. La ejecución de la garantía da derecho al asegurador para repetir del proponente las sumas abonadas, por vía de la subrogación que se opera por ministerio legal, aunque la práctica más acreditada aconseja demandar la formalización de una obligación directa y/o la constitución de contragarantías específicas, las que brindan la ventaja de la ejecutoriedad que las leyes procesales atribuyen a ciertos títulos.

En las Condiciones Generales se dispone que: reunidos los recaudos de determinación y confirmación del siniestro (cláusula 5ª), éste quedará configurado al cumplirse el plazo que el asegurado establezca en la intimación de pago hecha al tomador sin que éste haya satisfecho tal requerimiento, debiendo el asegurador abonar la suma correspondiente dentro de los quince días de serle requerida. Los derechos que corresponden al asegurado contra el tomador, en razón del siniestro cubierto por esta póliza, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización pagada por éste.

El asegurador puede a su elección pedir al proponente la inmediata liberación de la fianza, exigirle por anticipado el pago del importe garantizado al asegurado o solicitar medidas precautorias sobre sus bienes, cuando:

a) El asegurador considere fundadamente que la conducta o solvencia del proponente evidencia ineptitud para cumplir sus obligaciones, para con el asegurado.

b) Medie falsa declaración o reticencia por parte del tomador al solicitar el seguro.

c) Concurra cualquiera de los presupuestos establecidos por el art. 2026 del Cód. Civil¹⁹.

¹⁹ Art. 2026 del Cód. Civil. "El fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor, o la exoneración de la fianza en los casos siguientes:

d) El proponente incumpla sus obligaciones con el asegurado, no comunique cualquier conflicto que se suscite con el beneficiario o alguna circunstancia que pueda influir negativamente en el cumplimiento del contrato.

e) El tomador niega información al asegurado sobre el riesgo en curso³⁹.

1º) Si fuese judicialmente demandado para el pago.

2º) Si vencida la deuda, el deudor no lo pagase.

3º) Si dispusere sus bienes, o si emprendiese negocios peligrosos, o los diese en seguridad de otras obligaciones.

4º) Si quisiere ausentarse fuera de la República, no dejando bienes raíces suficientes y libres para el pago de la deuda.

³⁹ CNCom. Sala A. 26/11/81, LL. 1982-B-418 y ss.: "4º El asegurado se encuentra obligado a proporcionar a la aseguradora la información pertinente, aun durante la vigencia del contrato a que se relaciona el seguro, pero acaecido el siniestro sólo deberá aportar la información complementaria que le requiera la aseguradora concretada dentro del plazo de diez días. 5º Si durante el plazo previsto en la póliza la aseguradora no requirió ninguna información complementaria a la asegurada, tal omisión le impide hacer valer la negativa posterior de ésta a acceder a medios de prueba para la verificación del siniestro y determinación del daño".