

Secretaría General
Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones

Ref. Expediente: R-

Informe del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España en relación con la reclamación presentada por XXXX, en fecha XX de XX de XXXX contra la entidad XXXX.

I. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

El reclamante, tras interponer en tiempo y forma reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad reclamada (SAC), muestra su disconformidad en relación con la liquidación del aval a primer requerimiento nº XXXX que, por importe de 14.000 euros, le reclama la entidad. Dicho aval fue otorgado por la entidad a petición del reclamante (avalado) a favor de XXXX, S.A. (beneficiaria) el XX de XX de 2010.

Explica el reclamante que, el XX de XX de 2016, la entidad le reclamó 30.425,83 euros por un pago que había realizado en virtud del aval a primer requerimiento objeto de controversia. En escrito de XX de XX de 2016, el reclamante solicitó a la entidad detalle de los pagos realizados en virtud de dicho aval, con indicación de la fecha concreta de realización de los mismos y los importes de cada uno de ellos. En ese mismo escrito, el reclamante pedía explicaciones a la entidad sobre las razones por las que le reclamaba una cantidad superior al doble de lo avalado y seis años más tarde de que el aval fuera otorgado (el XX de XX de 2010). Y ello, sin perjuicio de que el plazo de validez del aval terminaba el XX de XX de 2011, sin que hubiera sido renovado, y sin que la beneficiaria le hubiera reclamado al reclamante ningún importe antes de dirigirse a la entidad en 2013.

La entidad contestó al reclamante en escrito de XX de XX de 2016, en el que le comunicaba que había habido un error de liquidación y que la liquidación correcta ascendía a la cantidad de 14.000 euros (no de 30.425,83 euros, como inicialmente le había comunicado), importe garantizado por el aval. En ese mismo escrito, la entidad aclaraba que el requerimiento de pago enviado al reclamante era consecuencia de un pago realizado por la entidad como consecuencia del procedimiento judicial de ejecución de aval instado por la beneficiaria del aval (procedimiento ordinario nº XXXX del JPI nº X de XXX; rollo apelación XXX), en el que la entidad había resultado condenada al pago del principal del aval más los intereses y los costes.

El XX de XXXX de 2017, el reclamante dirigió una reclamación al SAC. En el escrito de reclamación, el reclamante volvía a poner de manifiesto que (i) en 2013, cuando la beneficiaria requirió el pago a la entidad, el aval había perdido su vigencia y que, por tanto, la entidad no podía reclamar al reclamante cantidad alguna en virtud de dicho aval y (ii) no se entendía que la beneficiaria no hubiera reclamado nada al reclamante antes de dirigirse a la entidad. En dicho escrito, el reclamante añadía que, en la oficina de la entidad de XXX, siempre le habían comunicado que el aval estaba cancelado, a la vez solicitaba copia del procedimiento judicial. El SAC contestó a la reclamación del reclamante ratificándose en su escrito de XX de XX de 2016.

El reclamante ha aportado al expediente copia de dos documentos de aval y, en la documentación presentada ante este Departamento, explica no poder aportar el documento acreditativo de la cancelación del aval, pues no obra en su poder, alegando que, en cualquier caso, dicha cancelación se produjo tácitamente el XX de XX de 2011.

Damos por reproducido el escrito del reclamante por ser conocido por ambas partes.

II. ALEGACIONES DE LA ENTIDAD RECLAMADA

La entidad reclamada presentó alegaciones mediante escrito de XX de XX de XXXX, cuyo contenido consideramos íntegramente reproducido. En dicho escrito, la entidad alega, en esencia, lo siguiente:

- Formalizó con el reclamante una póliza de contragarantía de aval a primer requerimiento en virtud de contrato de XX de XX de 2010, cuya copia se adjunta al escrito de alegaciones. El aval tenía como objeto asegurar a XXXX, S.A. el cobro de las cantidades a que ascendieran en cada momento el importe de las mercancías servidas y no abonadas por el reclamante con un límite de 14.000 euros.

Pagó el importe del aval a la beneficiaria por mandato judicial de la Audiencia Provincial de Barcelona. La copia de la sentencia, de XX de XX de 2016, también se adjunta al escrito de alegaciones. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona declara la validez del aval en los términos siguientes: *“que estaba en vigor cuando se notificó a la demandada el XX de XX de 2013, ya que la validez del aval era por un año prorrogable tácitamente por sucesivos plazos de tres años.”* y condena a la entidad a pagar a la beneficiaria el importe del aval más los intereses legales correspondientes y las costas del procedimiento. En la sentencia, se pone de manifiesto que la beneficiaria del aval dio por rescindido el préstamo para la compraventa de xxx por incumplimiento del reclamante el XX de abril de 2013 y solicitó la ejecución del aval a la entidad el XX de mayo de 2013 alegando el siguiente motivo *“El motivo de esta ejecución es el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo para la compraventa de xxx, que el avalado tiene con nuestra sociedad y no se ha satisfecho la cantidad adeudada”*

El XX de XX de 2016, requirió al reclamante el pago del aval al no haber podido adeudar su importe hasta entonces. El XX de XX de 2016, el reclamante formuló reclamación ante el SAC, que éste respondió el XX de XX de 2016.

- En la condición general segunda de la póliza de aval, se regula el plazo de la garantía: *“Esta póliza permanecerá vigente mientras subsistan las obligaciones derivadas del aval y, en todo caso, mientras “la entidad” no haya sido reembolsada de todo cuanto acredite de la parte avalada. Sin perjuicio de la vigencia que frente al beneficiario tenga el aval prestado, “la entidad” solo queda obligada frente a la parte avalada al mantenimiento de dicha garantía por el plazo de tres meses, contados a partir de hoy. Este plazo se entenderá prorrogado tácita y*

sucesivamente por iguales períodos, salvo que “la entidad” con al menos diez días de anticipación a su vencimiento solicite a la parte avalada, la relevación del aval o la constitución de garantía suficiente”.

Además, en el punto sexto de la póliza del aval, se indica que *“Si el beneficiario del aval requiriera a “la entidad” su pago, total o parcialmente, podrá esta efectuarlo sin precisar para ello el previo conocimiento o consentimiento de la parte avalada ni entrar a considerar la procedencia o legitimidad de la petición, a cuyos efectos la parte avalada renuncia a las excepciones a que se refiere el art. 1.840 del Código Civil. Las eventuales diferencias entre el beneficiario del aval y la parte avalada sobre el negocio jurídico subyacente serán ajenas a este contrato y no causarán en el mismo efecto alguno. Los importes satisfechos por “la entidad” en pago del aval serán inmediatamente exigibles a la parte avalada, con más los intereses correspondientes, al tipo nominal anual que se indica en las condiciones particulares.”*

De lo anterior deriva que el aval es una garantía a primer requerimiento, que subsistiría mientras permanecieran vigentes las obligaciones derivadas del aval.

- Ciertamente es que se pactó un plazo de caducidad, distinto del plazo de garantía, y que se estableció como fecha de caducidad el XX de XX de 2011, pero dicho plazo de caducidad no es una característica existente en la naturaleza jurídica del aval, de manera que terminado el plazo de caducidad no puede darse por extinguido el plazo de la garantía.

A la vista de todo lo anterior, la entidad manifiesta que la reclamación no puede admitirse a trámite puesto que fue objeto de procedimiento judicial y considera que, en consecuencia, procede su archivo. Sin perjuicio de ello, la entidad solicita que si este Departamento prevé ejercitar la facultad que le reconoce el artículo 11.5 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (la Orden ECC/2502/2012), permita a la entidad realizar nuevas alegaciones con el fin de asegurar el respeto al principio de contradicción.

III. OPINIÓN DEL DEPARTAMENTO

1. Cuestiones generales previas

A este Departamento le corresponde enjuiciar la actuación de la entidad desde la perspectiva de la normativa de transparencia y de protección de la clientela bancaria, así como de las buenas prácticas y usos financieros.

Las funciones de este Departamento no se extienden a la resolución de discrepancias que se enmarcan en el estricto ámbito del Derecho privado, por lo que la interpretación y la valoración de la eficacia de los pactos, cláusulas y condiciones establecidos en dicho marco legal y la declaración de la nulidad de los mismos en función de un eventual vicio en el consentimiento prestado y la determinación de las posibles consecuencias de carácter patrimonial no caen dentro de su ámbito de competencias.

De igual modo, procede señalar que este Departamento sólo puede emitir un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones que se someten a su conocimiento y cuentan con la debida acreditación documental, no pudiendo entrar a valorar las manifestaciones verbales que no sean admitidas por ambas partes, ya que ello implicaría dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

Dichas cuestiones, de considerarse oportuno, deberán ser planteadas ante los tribunales de justicia, órganos facultados en exclusiva para ordenar la práctica y para la apreciación de los medios de prueba necesarios para fijar de modo indubitado el modo en que los hechos se desarrollaron en realidad y para posteriormente decidir las consecuencias que de los mismos deban derivarse.

La base para emitir este pronunciamiento se encuentra, por tanto, en los documentos aportados por las partes al expediente, los cuales deben reflejar de forma adecuada y transparente los derechos y obligaciones que asumen.

2. Sobre la inadmisión a trámite de la reclamación

De conformidad con el artículo 10.1 a) de la Orden ECC/2502/2012, “*Serán causas de inadmisión por falta de competencia por parte de los servicios de reclamaciones o quejas:*

a) Cuando se pretenda tramitar como reclamaciones o quejas reguladas en este procedimiento recursos o acciones distintas conocimiento sea competencia de los órganos administrativos, arbitrales o judiciales, o aquéllos que se encuentren pendientes de litigio ante estos órganos. [...]”.

A la luz de este precepto, la entidad reclamada alega que la reclamación objeto de este expediente, que cuestiona la validez y el alcance del aval suscrito entre las partes, ya ha sido objeto de pronunciamiento judicial, habiendo declarado la Audiencia Provincial de Barcelona que el aval era válido y condenado a la entidad a pagar a la beneficiaria en virtud de dicho aval. Por ello, la entidad reclamada considera que la reclamación no puede ser admitida a trámite.

Este Departamento tiene declarado que, de conformidad con el artículo 2.2 de la Orden ECC/2502/2012, le corresponde conocer de cualesquiera reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios financieros, incluyendo en este concepto a las partes avaladas y beneficiarios de avales otorgados por entidades, que pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras reclamadas que supongan para quien las formula un perjuicio para sus derechos o intereses legítimos, siempre y cuando, claro está, tal perjuicio derive de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda de que el reclamante pone de manifiesto hechos concretos referidos a acciones de la entidad reclamada que suponen un perjuicio para sus derechos e intereses legítimos. Esos hechos derivan del vínculo jurídico entre el avalista y la entidad reclamada (en tanto que avalista) y, aunque hasta cierto punto se solapan con los hechos que consideró la Audiencia Provincial de Barcelona a la hora de valorar el vínculo entre el avalista y la beneficiaria del mismo aval, son en parte distintos de ellos y por tanto, justifican que este Departamento entre a valorarlos junto con la reclamación objeto de este expediente. Por todo ello, este Departamento considera que no procede inadmitirla a trámite.

Este Departamento lleva a cabo la valoración a la que hace referencia el párrafo anterior dentro de su ámbito de competencias en los apartados siguientes. Por su puesto, esa valoración parte de la base del pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el contenido del aval y no ha de considerarse óbice para que la valoración e interpretación últimas de las obligaciones del avalista y del avalado pertenezcan al ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el Derecho privado, y, consecuentemente, deban ser abordadas por los tribunales de justicia.

3. Sobre las garantías, en general

Este Departamento tiene declarado que el régimen jurídico de cada garantía vendrá establecido por su propio contenido y, a través de los puentes que la garantía tienda a la relación jurídica base

garantizada, por el contenido de esta última, en cuanto a su existencia, validez, vigencia, exigibilidad y efectos que conciernan a la esfera de lo garantizado. De este modo, el texto de la garantía debe:

- Permitir su calificación jurídica inequívoca, posibilitando, en su caso, la identificación segura del régimen legal aplicable.
- Determinar y concretar la obligación garantizada.
- Señalar el plazo de duración, vigencia y, eventualmente, exigibilidad de la garantía. A este respecto, en los avales de duración determinada, es posible que su plazo de duración se configure como:
 - ✓ plazo de garantía, de tal modo que, nacidas las obligaciones garantizadas durante la fecha de vigencia del aval, la reclamación correspondiente a su cumplimiento pueda llevarse a cabo una vez finalizado este, durante el plazo general de prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones de carácter personal, o
 - ✓ plazo de caducidad, de manera tal que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado quedarían extinguidos los efectos de tal aval.
- Establecer, también eventualmente, determinados requisitos para su exigibilidad, normalmente de acreditación por medios documentales, que debe cumplir el beneficiario al reclamar la ejecución de la garantía.

Obra en el expediente copia de tres documentos por los que aparentemente se rige el aval objeto de controversia: (i) una póliza de contragarantía de aval, (ii) un documento de aval de fecha XX de XX de 2010, que sigue el modelo estandarizado de la entidad y (iii) otro documento de aval ordinario de fecha XX de XX de 2010. La póliza y el segundo documento de aval fueron intervenidos por el Notario de XXX, D. XXXX, el XX de XX de 2010, que inscribió el aval en el registro especial de avales con nº XXXX. La información de los dos documentos de aval no coincide en todos sus extremos pero de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que obra en el expediente deriva que prevalecen los términos del aval de fecha XX de XX de 2010 (i.e., el intervenido por fedatario público)

De los dos documentos intervenidos por el fedatario deriva que la entidad garantizó con carácter solidario, hasta un importe de 14.000 euros, las obligaciones del reclamante derivadas del contrato de préstamo para la compraventa de xxxx suscrito el XX de XX de 2010 con la beneficiaria. Como consecuencia de dicho aval, la entidad se comprometía a pagar a primer requerimiento a la beneficiaria la cantidad que hasta el límite fijado le fuera solicitado dentro de los quince días hábiles siguientes, a partir de la fecha de notificación que a tal efecto se realizara por la beneficiaria, con el único requisito de que en tal notificación se hiciera constar que no ha satisfecho la cantidad adeudada. El plazo de validez del aval finalizaba el XX de XX de 2011, pero se consideraba prorrogado tácitamente por sucesivos plazos de tres años, de no mediar preaviso en contra notificado fehacientemente a la beneficiaria con un mes de antelación a la fecha de cada vencimiento anual.

A la luz de estos dos documentos, que se resumen en el párrafo anterior, este Departamento concluye que efectivamente el texto de la garantía permitía (i) su calificación jurídica inequívoca y la identificación del régimen legal que le era aplicable, (ii) determinar y concretar la obligación garantizada, (iii) señalar el plazo de duración, vigencia y, eventualmente, exigibilidad de la garantía e (iv) identificar los requisitos para su exigibilidad. No obstante, sin perjuicio de la claridad de los términos que se recogen en esos dos documentos, no pasa desapercibido a este Departamento que la entidad entregó al reclamante un segundo documento de aval, el de fecha XX de XX de 2011, que

sigue el modelo estandarizado de la entidad y que definía el aval objeto de controversia de forma distinta a la descrita. En ese documento, el aval se sujetaba a plazo de caducidad, que terminaba el XX de XX de 2011, y el plazo de ejecución de la avalista se reducía a un máximo de 10 días desde la recepción de la notificación de la beneficiaria. Estos términos se contradicen con los términos del documento de aval que intervino el fedatario público y, por tanto, este Departamento considera que la entidad no proporcionó información clara al reclamante, apartándose así de las buenas prácticas bancarias en este punto.

4. Sobre los avales solidarios a primer requerimiento, en particular

De conformidad con un criterio clasificatorio que atiende a la mayor o menor extensión de los derechos y facultades del beneficiario, tradicionalmente se viene distinguiendo entre garantías simples, garantías solidarias y garantías independientes o autónomas.

La garantía solidaria surge cuando, como se deriva lógicamente del concepto de solidaridad, se excluyen los beneficios de excusión, división y orden del fiador que se han examinado, lo que potencia las acciones del beneficiario contra el garante.

Por lo que respecta a las garantías conocidas, en terminología impropia, como «autónomas» o «independientes», su nota distintiva consiste en la inversión de la carga de la prueba que llevan aparejada: de corresponderle al beneficiario en las garantías simples y en las solidarias, en las autónomas es el fiador quien ha de probar el cumplimiento del afianzado para oponerse a la ejecución de la fianza, bastándole a dicho beneficiario con declarar o comunicar la existencia de un incumplimiento del garantizado. Por otra parte, es frecuente, aunque no constituye un elemento esencial de la garantía independiente, que esta se otorgue a primer requerimiento, encontrándonos en tal caso ante un contrato atípico en el que el acreedor debe satisfacer la obligación garantizada cuando este simplemente se la reclame.

El aval objeto de controversia se constituyó con carácter solidario (con renuncia expresa a los beneficios de excusión, división y orden) y a primer requerimiento y, como tal, se ha reconocido por la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia que la entidad ha aportado al expediente.

5. Sobre la información y las explicaciones previas a la contratación

Este Departamento se ha venido pronunciando sobre la trascendencia de la información previa a la contratación de productos bancarios. La figura jurídica del aval o la fianza no constituyen una excepción a esta exigencia.

En el caso que nos ocupa, el aval y la póliza de contragarantía se formalizaron el XX de XX de 2010 y, por tanto, no están sujetos a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (la Orden) ni a la Circular 5/2012, de 27 de junio, de entidades de crédito y proveedores de servicios de pago (la Circular) en los que a su formalización se refiere. Las menciones a estos textos legales, en lo referente a la formalización de dichos documentos, a lo largo de este apartado se realizan a modo indicativo, como punto de referencia.

5a. Información precontractual

En los casos en que las entidades de crédito han actuado como emisoras de avales y garantías, este Departamento ha venido formulándoles la recomendación de que, con anterioridad o al tiempo del otorgamiento de dichos documentos, informen suficientemente a su contraparte comercial (por ejemplo, los avalados) de la naturaleza y efectos de la garantía emitida en cada caso, de modo que

puedan conocer, con la mayor precisión posible, el alcance de sus derechos y obligaciones en relación con la garantía.

Con respecto a los avalados, la Circular recogió el criterio mantenido por este Departamento en el apartado 2.7 de su norma sexta. De acuerdo con esta norma, las entidades deben facilitar al reclamante de forma gratuita toda la información precontractual precisa para comparar ofertas similares y poder adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario. Esa información debe ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, habrá de entregarse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta.

Este Departamento constata que, en el caso que nos ocupa, no ha quedado acreditado que la información precontractual fuera facilitada. Por tanto, de acuerdo con todo lo anterior, este Departamento concluye que, aunque no se aprecia quebrantamiento de normativa de transparencia y protección a la clientela, la entidad se ha separado de las buenas prácticas bancarias.

5b. Explicaciones adecuadas

Las explicaciones adecuadas y la información precontractual son dos cosas distintas, si bien se complementan mutuamente. Actualmente, la norma quinta de la Circular, en el sentido contemplado por el artículo 9 de la Orden, establece ciertas obligaciones de facilitar explicaciones adecuadas a las entidades cuando se dispongan a iniciar una relación contractual con clientes o clientes potenciales personas físicas. Ni la Orden ni la Circular aplican a la formalización del aval y de la póliza de contragarantía de aval objeto de controversia. No obstante, este Departamento tiene declarado que, incluso en el caso de operaciones y servicios en los que no se hayan establecido legalmente obligaciones de información precontractual y de otorgar explicaciones adecuadas específicas, los clientes deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen.

Este Departamento constata que, en el caso que nos ocupa, no ha quedado acreditado que la entidad ofreciera al reclamante explicaciones adecuadas sobre el aval. Por tanto, este Departamento concluye que la entidad se ha separado de las buenas prácticas bancarias en este punto.

6. Sobre los términos contractuales del aval y de la póliza de contragarantía de aval

Este Departamento viene declarando que la información suficiente a los avalados acerca de la naturaleza y de los efectos de la garantía emitida, conlleva la exigencia de una redacción clara de las cláusulas que regulen el negocio jurídico. En esta misma línea, este Departamento se viene manifestando en contra de la oscuridad en la redacción de los documentos de garantía que afecten, entre otros extremos del aval, a la duración y el plazo de exigibilidad de la garantía. Es más, en expedientes anteriores, a la vista de la redacción del aval y de la correspondiente póliza de contragarantía, este Departamento viene apreciando vulneración de los intereses y derechos derivados de las buenas prácticas y usos financieros en caso de que los documentos que rigen el aval (la póliza de contragarantía y el aval) incurran en contradicciones.

En el caso que nos ocupa, además de la póliza de contragarantía de aval, se entregaron al reclamante dos documentos de aval contradictorios entre sí, que podrían haber inducido al reclamante a pensar que el aval estaba sometido a un plazo de caducidad en vez de a un plazo de garantía. Por ello, este Departamento considera que la entidad se ha apartado de las buenas prácticas y usos bancarios en este punto.

En cuanto a las disposiciones de la póliza de contragarantía de aval y del aval que invoca la entidad reclamada para argumentar la obligación del reclamante de atender el pago que, en virtud de

ejecución del aval, le requiere la entidad, este Departamento no es competente para interpretarlas. Su interpretación debe ser sometida por las partes, en su caso, a la consideración de los órganos jurisdiccionales.

Estas consideraciones permiten alcanzar la siguiente

IV. CONCLUSIÓN

Este Departamento considera que la entidad ha vulnerado las buenas prácticas y usos bancarios por:

- no haber facilitado al reclamante información precontractual ni explicaciones adecuadas antes de formalizar el aval y la póliza de contragarantía de aval; y
- no haber redactado de forma clara los documentos por los que se rige el aval, otorgando dos documentos de aval cuyos términos se contradicen entre sí.

Este Departamento no es competente para valorar, decidir, ni pronunciarse sobre los posibles daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar a los clientes y usuarios de los servicios financieros. Dichas cuestiones podrán someterse, en su caso, y de considerarlo el perjudicado, a los correspondientes órganos judiciales.

Se recuerda que este informe no es susceptible de recurso ni ulterior tramitación en esta sede, dejando a salvo los derechos de los particulares para proceder en la forma que estimen conveniente a sus intereses ante la jurisdicción competente.