

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 D. XXXX en representación de XXX S.L.L, en fecha XX de XXX de 20XX, contra la entidad XXXX.

I. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

El reclamante interpuso en tiempo y forma reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad, mostrando su disconformidad por los numerosos cargos que fueron efectuados en su cuenta durante 2015 (entre los meses marzo y agosto) por razón de tres avales en su día concedidos pero de los cuales indica que: en 2013 fueron devueltos los avales originales, se abonó la última cuota por mismos el 12/07/2013 y desde esta fecha cesaron los cobros. Su reclamación se centra en que, dos años después, la entidad efectuó nuevos cargos por dichos avales sin ningún aviso, y en la oficina bancaria le indican que se debe a que los avales no aparecen como cancelados o los han extraviado.

Solicita ante el Banco de España:

- que se cancelen las operaciones que resultan en el informe de riesgos por avales vigentes, por importe total de 21.231 €;
- la devolución de las cantidades cobradas indebidamente, cuyo importe cuantifica en 2.814,64 €, por esos avales que habían sido devueltos y debían ser cancelados.

Se da por reproducido el contenido de sus escritos de reclamación, por ser conocidos por ambas partes.

La cuestión de la eliminación de las operaciones de avales en el informe de riesgos está siendo objeto de valoración separada por la Central de Información de Riesgos de este Banco de España, ante la cual este Departamento ha instado la tramitación de un expediente de reclamación que actualmente se encuentra en curso.

Este informe solo valorará la cuestión relativa a las comisiones aplicadas por la no cancelación de los controvertidos avales.

II. ALEGACIONES DE LA ENTIDAD RECLAMADA

La entidad presentó las mismas mediante escrito de fecha XX de marzo de 2017, cuyo contenido también consideramos íntegramente reproducido. En esencia, alega:

- Que el reclamante no sabía cuándo ni a quien le había entregado las cartas de los avales, ni aporta documento que acreditara la entrega y recepción de las mismas por esa entidad, y por ello se le aconsejó que solicitara a los Ayuntamientos beneficiarios la expedición de documento fehaciente autorizando la cancelación de los mismos por no existir responsabilidades pendientes;
- Que las últimas comisiones trimestrales fueron cobradas los días XX de mayo, XX de junio y XX de julio, una vez que fueron expedidos los certificados y entregados en la oficina;
- Que la cuenta corriente asociada a los avales se encuentra en situación de contencioso por haber sido impagadas las liquidaciones de los mismos, y por ese impago los contratos objeto de controversia no han sido cancelados.

III. OPINIÓN DEL DEPARTAMENTO

Corresponde analizar en el presente informe si la actuación de la entidad -en relación con los hechos denunciados- incurrió, o no, en quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela, o de las buenas prácticas y usos financieros.

Se consideran **normas de transparencia y protección de la clientela** aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades supervisadas y, que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información. Se entiende por **buenas prácticas** aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros¹.

1. Criterios generales.

Como punto de partida, el artículo 1822 del Código Civil establece: “*por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste*”.

Es criterio mantenido por este Departamento que la actuación de las entidades de crédito como avalistas puede y debe ser apreciada por el mismo en sus **aspectos formales** y bajo el prisma de la observancia de las normas sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros, sin perjuicio de la consideración de que la valoración e interpretación últimas del contenido del aval y de las obligaciones de avalista y avalado pertenecen al ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho privado y, por ende, deben ser encomendadas a los **jueces y tribunales de justicia**.

De los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos del Derecho positivo español (artículos 1254 y 1255 del Código Civil), se deriva la importancia del **texto de la garantía** para

¹ Ver 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 (BOE de 22).

identificar su naturaleza y determinar sus efectos. Desde una estricta perspectiva bancaria, debe exigirse a las entidades de crédito que acrediten la duración del afianzamiento durante el tiempo que se ha devengado la comisión por riesgo y, a su vez, que **redacten de forma clara** las cláusulas que regulen el aval, que deberían especificar con claridad las circunstancias en que dejará de tener efectos el mismo y debería dejar de percibirse la retribución.

En los avales de duración determinada, es posible el **plazo** se configure como:

- plazo de *garantía*, de modo tal 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 el mismo, durante el plazo general de prescripción correspondiente a las obligaciones de carácter personal, o:
- plazo de *caducidad*, de tal manera que automáticamente, al transcurrir el plazo fijado quedarían extinguidos los efectos de tal aval.

Esta distinción es puesta de manifiesto por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1992, que entiende que «*siendo operativo el aval en tanto en cuanto se mantenga la posibilidad de ejercitar acciones reclamatorias por obligaciones surgidas durante el plazo de garantía y aún no satisfechas*», ello implica que el aval no ha quedado extinguido y, por tanto, la entidad de crédito «*tiene un perfecto derecho a poder exigir las contraprestaciones acordadas en la relación interna entre tal fiador y los deudores solidarios*». Sostiene el Tribunal Supremo que, si el plazo del aval se configura como plazo de garantía (no de caducidad), en tanto se mantenga la posibilidad de ejercitar acciones reclamatorias por obligaciones que hubieran surgido durante ese plazo y aún no satisfechas, ello implica que el aval no ha quedado extinguido y, por tanto, la entidad de crédito tiene derecho a exigir las contraprestaciones acordadas en la relación interna entre el fiador y el deudor.

En cuanto a la la obligatoriedad de la devolución del **documento original del aval** como requisito inexcusable para la cancelación del contrato y para el cese de la percepción de la comisión periódica por la prestación de la fianza –devolución que no siempre resulta posible si no se cuenta con la colaboración del beneficiario del aval–, nos remitimos aquí a lo que recogimos en la Memoria correspondiente al año 2008 del Servicio de Reclamaciones –antecesor de este Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España–, la cual en su epígrafe relativo a “*algunas consideraciones sobre avales y garantías*” realizaba en su apartado “*Puntos críticos*” las siguientes consideraciones:

“Con carácter extrínseco a la propia garantía, puede registrarse también un aspecto conflictivo en la obligatoriedad de la devolución del original del documento de fianza o aval, establecida, en la mayoría de los casos de garantías otorgadas por entidades de crédito y en plano de la relación fiador-afianzado, como requisito inexcusable para la cancelación de la usual póliza de contragarantía y para el cese de la percepción por la entidad fiadora de la comisión periódica por la prestación de la fianza. Tal exigencia es perfectamente lógica, a los efectos indicados, tratándose de avales de duración indefinida o indeterminada, o con duración determinada y vencimiento cierto pero sin plazo de exigibilidad o caducidad, o con este último no vencido, pero, por el contrario, carece de toda justificación, si, existiendo plazo de caducidad, este se halla vencido, o en cualquier otro supuesto en que la extinción del riesgo para el emisor de la garantía resulte plenamente acreditada, como podría ser el caso de la renuncia formal y expresa a la fianza por parte del beneficiario de la misma.”

2. Estudio de las circunstancias del caso.

El reclamante reprocha a la entidad que en el año 2015 no tuviera cancelados tres avales (los inscritos con nº 244 245 y 252), a pesar de que –indica– en 2013 se devolvió el texto original y se cesó en el cobro de cantidades por los mismos. Discrepa con el hecho de que en 2015, sin previo aviso, la entidad de nuevo comenzó a cobrar comisiones en su cuenta por los avales porque aún no los había cancelado.

La entidad, por su parte, alega que no le consta que se produjera la entrega de los avales originales y el reclamante no ha podido probarlo, y que por ello instó a éste a solicitar a los Ayuntamientos beneficiarios la expedición de documento fehaciente autorizando la cancelación de los mismos.

Hemos de advertir que el pronunciamiento de este Departamento debe hacerse sobre la base exclusiva de **hechos** que queden **acreditados documentalmente** en el expediente, no pudiendo tomar en consideración manifestaciones verbales efectuadas por una de las partes que carezcan del soporte probatorio correspondiente, salvo que sean reconocidas por la otra parte.

No aporta el reclamante prueba de que efectivamente, tal y como indica en su reclamación, en 2013 **los avales originales hubieran sido entregados** y la entidad los hubiera recibido.

Pero lo que sí demuestra –mediante el extracto de movimientos de su cuenta- es que, desde mayo de 2013 en que se cobraron en su cuenta comisiones por razón de los avales, no existieron cargos en la cuenta por dicho concepto durante los años 2013 y 2014, hasta casi dos años después (el XX de marzo de 2015) en que la entidad cargó numerosas comisiones en concepto de liquidación de avales a las cuales aplicó distintas fechas valor de 2013 y 2014.

La entidad no justifica de ningún modo el motivo de su actuación, es decir, no explica por qué en 2013 cesó en el cobro de las comisiones y en 2015 adeudó todas ellas en la cuenta de modo retroactivo; ello permite deducir que pudiera ser cierta la versión del cliente de que en 2013 fueron entregados los avales originales ya que el cese en el cobro de comisiones pudiera tener como causa que la entrega efectivamente se hubiera producido; no obstante, se trata de un hecho cuya prueba solo podría hacerse en el curso de un procedimiento judicial.

En cualquier caso, el **adeudo extemporáneo** de tantas comisiones en la cuenta sin advertir previamente al cliente, que pudo haberse visto sorprendido por esos cargos en cuenta con los que no contaba y disminuyeron de modo considerable el saldo, es una **conducta poco transparente** y apartada de las buenas prácticas bancarias.

Por lo demás, la entidad no demuestra su legitimidad para continuar con el cobro de dichas comisiones, pues no aporta copia del texto original de los avales en el que pudiera verse el plazo de duración de los mismos.

El reclamante ha aportado al expediente lo que supuestamente es el texto de los avales num. 244, 245 y 252 (no tiene fecha ni señal de autenticidad) en el cual no aparece la duración o plazo durante el cual la garantía desplegaría sus efectos y serían exigibles las consiguientes obligaciones o responsabilidades a cargo de las partes.

La entidad, que no niega que fuera ese el texto, ni aporta copia de los avales ni ha demostrado de ningún modo el motivo por el cual cesó en la aplicación de las comisiones y posteriormente (casi dos años después) procedió a la regularización de todas ellas. Su actuación, además de ser poco transparente con el cliente por no haber facilitado preaviso ni las correspondientes aclaraciones sobre su actuación, es indicativo de que pudieran existir graves deficiencias de control interno por parte de esa entidad. Se aprecia por todo ello **mala práctica bancaria**.

Por lo que se refiere a los riesgos, como hemos indicado al comienzo, este Departamento ha instado la tramitación de un específico procedimiento de reclamación ante la Central de Información de Riesgos de este Banco de España, y hemos conocido que a la fecha de este informe aún se encuentra en curso.

IV. CONCLUSIÓN

Este Departamento **aprecia** en la actuación de la entidad **quebrantamiento** de las buenas prácticas y usos financieros por adeudar en la cuenta del reclamante en 2015, de modo extemporáneo, numerosas comisiones por aval supuestamente devengadas durante los años 2013 y 2014, sin advertir previamente al cliente ni aclararle el motivo de su actuación, ni habiendo aportado una copia del aval original para demostrar su derecho a aplicar tales comisiones por no haber expirado sus efectos ni justificación alguna de la conducta objeto reclamación, que resulta poco transparente con el cliente y denota posibles deficiencias de control interno.

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.

EL INSTRUCTOR

Vº Bº

EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO