

Avales

Principales áreas de conflicto y criterios generales de aplicación

Este DCMR se ha hecho eco en reiteradas ocasiones del acento que pone la vigente normativa de transparencia financiera en la trascendencia de la información previa a la contratación.

La figura jurídica del aval o la fianza no constituyen una excepción a esta exigencia. Así, por lo que respecta a la información precontractual y a las explicaciones adecuadas que han de hacerse accesibles a quienes avalan a un cliente de la entidad de crédito ante esta última con ocasión de la concesión de una operación de financiación a dicho cliente, la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, establece en su norma quinta ciertas obligaciones a cargo de las entidades cuando se dispongan a iniciar una relación contractual con clientes o clientes potenciales personas físicas, que incluyen la de facilitarles tales explicaciones adecuadas (en el sentido contemplado en artículo 9 de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), incluso en el caso de operaciones y servicios en los que no se haya establecido legalmente una información precontractual específica, con especial referencia a los supuestos en que se contemple la existencia de avalistas en operaciones de préstamo o de crédito, hipótesis en la que «estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen».

Por otra parte, en los casos en que las entidades de crédito han actuado como emisoras de avales y garantías, este DCMR ha venido formulándoles la recomendación de que, con anterioridad o al tiempo del otorgamiento de dichos documentos, informen suficientemente a su contraparte negocial —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. Esto conlleva, por supuesto, la exigencia de una redacción clara de las cláusulas que regulen el negocio jurídico.

Con respecto a los avalados, la citada Circular del Banco de España 5/2012¹ recogió el criterio mantenido por este DCMR, y lo hizo estableciendo lo siguiente sobre la información

¹ La información precontractual exigible por razón de la contratación de avales se ubica en la norma sexta, «Informaciones exigibles», del capítulo III, sobre «Información precontractual», que, con carácter general, señala: «1 Las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y habrá de

precontractual específica que debe ofrecer la entidad con ocasión de la contratación de este tipo de operaciones:

«[...] 2.7 Aavales, fianzas y garantías prestados por la entidad. Se indicará, al menos:

- a) La delimitación clara y detallada de la obligación cuyo cumplimiento se comprometa a garantizar la entidad, así como la identificación del afianzado o titular de esa obligación y del beneficiario de la garantía otorgada.
- b) El contenido y extensión de la garantía otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar la ejecución de la misma. En particular, se informará expresamente sobre si se reconocen o no a la entidad garante los beneficios de división, excusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias. También se informará, en su caso, sobre la exigencia y las formas de acreditar el incumplimiento del afianzado cuando ello constituya un requisito para la ejecución de la garantía.
- c) La duración de la garantía. Cuando se prevea una duración determinada, deberá indicarse expresamente si el plazo de duración se configura como plazo de vigencia de la garantía, de forma que, nacidas las obligaciones garantizadas durante ese plazo, la reclamación correspondiente a su cumplimiento por la entidad garante podría llevarse a cabo una vez finalizado el mismo, durante el plazo general de prescripción que establezca la normativa aplicable, o si se configura como plazo de exigibilidad o caducidad de la garantía, de manera que, automáticamente, al transcurrir el mismo, quedarían extinguidos los efectos de esta.
- d) Todas las comisiones o gastos, de cualquier naturaleza, que la entidad adeudará al cliente por razón de la garantía, con indicación de los supuestos, de las condiciones y, en su caso, de la periodicidad con que unas y otros serán aplicables. En particular, cuando se permita que el cliente pueda cancelar anticipadamente la garantía, se informará, si procede, de los costes que dicha cancelación suponga, sin perjuicio del derecho del cliente a que se le retroceda la parte no devengada de la comisión que, en su caso, se le hubiera cobrado por anticipado.
- e) Las causas de extinción de la garantía. En las garantías de duración indefinida, o de duración determinada pero sin plazo de exigibilidad o caducidad, la entidad deberá indicar expresamente si, para la cancelación de la garantía y la subsiguiente cesación del devengo de la comisión por riesgo, es requisito obligatorio la devolución del original del documento de garantía.
- f) Los requisitos necesarios para cancelar la garantía en caso de haberse extraviado o destruido el original del documento en que aquella se hubiese constituido.»

Así, no es infrecuente que surjan conflictos en relación con las siguientes circunstancias:

- La oscuridad en la redacción de los documentos de garantía que afecten a su calificación, a la identificación del régimen legal aplicable (en el caso de garantías

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. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez.

En todo caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente y en la normativa reguladora de los servicios de pago, antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y todos los gastos que se le repercutirán [...].»

reguladas por leyes especiales), a la necesaria claridad en cuanto a la concreción de la obligación garantizada, a la duración y/o al plazo de exigibilidad de la garantía y a los requisitos para su ejecución.

Como ejemplo, en el expediente R-201703846, el reclamante, avalado ante un tercero por una entidad de crédito, reprochaba a su avalista el que le hubiera exigido el reembolso de lo abonado al beneficiario del aval por haberse hecho este abono años después del cese de la vigencia de la garantía. La documentación obrante en las actuaciones ponía de manifiesto que se emitieron dos avales, uno de ellos intervenido por fedatario público, el que fue objeto de ejecución, el cual se encontraba aún vigente al tiempo de efectuarse el pago, y otro cuyo contenido contradecía esta interpretación, induciendo al reclamante a pensar que el aval estaba sometido a un plazo de caducidad en vez de a un plazo de garantía. Por ello, no siendo de aplicación la citada normativa de transparencia dado el tiempo de emisión de la garantía, el DCMR consideró que la entidad había vulnerado las buenas prácticas y usos bancarios tanto por no haber facilitado a su cliente información precontractual ni explicaciones adecuadas antes de formalizar el aval como por no haber redactado de forma clara los documentos por los que se rige el aval, otorgando dos cuyos términos se contradecían entre sí.

- También dentro del terreno de la claridad que les es exigible a las entidades para con sus clientes, ámbito de actuación propio de este DCMR, se han planteado reclamaciones atinentes a la información facilitada a los garantes durante la vida del aval.

Un caso paradigmático es el que se produce cuando la entidad, como beneficiaria del aval, se dirige contra el avalista requiriéndole el pago que no ha efectuado el avalado. La consideración que el DCMR efectúa de la actuación de las entidades en estos supuestos, cuando el peticionario de información sobre la deuda es el avalista y deudor principal de la operación, está inspirada por el criterio de que cualquier cliente, por el hecho de encontrarse en mora, no deja de ser cliente y acreedor, con lo que la entidad debe cuidar la transparencia informativa, que implica, en consecuencia, que los clientes conozcan en detalle la evolución de sus operaciones.

- En supuestos en que se han planteado controversias en torno a la liberación por el beneficiario del aval de uno de los cofiadores sin el consentimiento de los demás (siendo que, de conformidad con las normas de Derecho civil, existiendo varios fiadores solidarios, la liberación de uno de ellos sin el consentimiento de los demás reduciría la responsabilidad de estos en la parte correspondiente al fiador excluido), en tanto en cuanto tal situación supondría que la entidad vería reducida la extensión de su garantía, este DCMR ha manifestado que la liberación de la condición de cofiador solidario es una decisión que, en cuanto afecta a las condiciones pactadas para una facilidad crediticia, se enmarca en la política comercial y de asunción de riesgos de las entidades de crédito, por lo que su fiscalización excede el ámbito de nuestras competencias.

- Naturalmente, resulta una importante fuente de conflictos la ejecución de las garantías. A este respecto, cabe advertir, en primer lugar, de que la prueba del incumplimiento del afianzado, a cargo del beneficiario en las garantías simples y solidarias, o, por el contrario, la de su cumplimiento, carga del fiador en las obligaciones independientes, es una materia ajena a las atribuciones de este DCMR, debiendo plantearse los contenciosos sobre el particular ante los tribunales de justicia, como se ha indicado a los reclamantes que han acudido a esta instancia con tal pretensión.

Sin embargo, al margen de otras valoraciones, comoquiera que se considera que el texto del aval es determinante para establecer los derechos y obligaciones de avalista y beneficiario, y, por consiguiente, los presupuestos necesarios para la ejecución de la garantía, lo que sí ha dado lugar a pronunciamientos contrarios a las entidades de crédito por considerarlas responsables de una mala práctica financiera ha sido el que hayan exigido para dicha ejecución requisitos no contenidos ni explicitados en los documentos de aval, como, en su caso, la obtención por el beneficiario de la resolución convencional o judicial del contrato principal garantizado, incluso con la exigencia de que, si el afianzado se halla en situación concursal, dicha resolución sea autorizada por los órganos del concurso.

En un sentido análogo, se ha calificado como mala praxis el comportamiento de las entidades cuando, requeridas para el pago de las cantidades avaladas, han omitido toda respuesta al beneficiario, mostrando un total desinterés hacia la petición recibida, y ello aun cuando, posteriormente, en el seno de la instrucción de un expediente de reclamación ante este DCMR, hayan podido poner de manifiesto la existencia de motivos susceptibles de llegar a justificar una negativa.

- Igualmente problemáticos resultan los supuestos en los que se pretende la cancelación de una garantía que no ha llegado a ser ejecutada o, con mayor precisión, se solicita que, a resultas de dicha cancelación, la entidad emisora del aval cese en el cargo de comisiones por riesgo.

En definitiva, como lo que fundamenta la percepción de una comisión es que responda a un servicio efectivamente prestado, en el supuesto de que todavía subsista riesgo para la entidad de crédito avalista tras la finalización del plazo del aval —es decir, cuando se configure como plazo de garantía, y no de caducidad—, el cobro por la entidad de crédito avalista de una comisión por riesgo resulta justificable, al menos en tanto no se acredite la inexistencia de tal riesgo, por la devolución del documento original, por la prestación de una garantía equivalente, por renuncia expresa del beneficiario del aval, o acreditando convenientemente a la entidad avalista la extinción de todas las obligaciones principales garantizadas por el aval o del propio aval, sea cual sea el motivo de esa extinción.

Por lo que respecta a la devolución del original del documento de fianza o aval, viene considerándose exigible cuando se pacta expresamente como requisito 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, lo que resulta una exigencia perfectamente lógica en el caso de avales de duración

indefinida o indeterminada, o cuyo plazo de exigibilidad o caducidad no ha vencido, siendo considerada una buena praxis la de las entidades que renuncian a la entrega de dicho original cuando la extinción del riesgo resulta plenamente acreditada por otros medios, como podría ser el caso de la renuncia formal y expresa a la fianza por parte del beneficiario de esta.

Desde la estricta perspectiva bancaria, debe exigirse a las entidades de crédito, una vez más, una redacción clara de las cláusulas que regulen la duración del afianzamiento prestado, así como las características de este, especificando claramente, además, los criterios de devengo de la comisión por riesgo de los avales, debiéndose establecer con total claridad las circunstancias que determinan cuándo se deja de percibir esta retribución.

Por ejemplo, en el expediente R-201701528 el reclamante reprochaba a la entidad avalista que en el año 2015 no tuviera cancelados tres avales a pesar de que en 2013 se devolvieron los documentos de aval originales y cesado en el cobro de comisiones por ellos, sucediendo que, dos años más tarde, sin previo aviso, la entidad de nuevo comenzó a cargarle comisiones. Aunque el avalado no acreditó la entrega de los originales, negada por la reclamada, sí probó el cese en el cobro de comisiones en el año 2013. La entidad no aportó copia de los avales ni justificó el motivo por el cual cesó en la aplicación de las comisiones y posteriormente procedió a la regularización de todas ellas, por lo que su actuación, además de ser poco transparente con el cliente por no haber facilitado preaviso sobre esos cargos ni las correspondientes aclaraciones sobre su actuación, se consideró indicativa de que pudieran existir graves deficiencias de control interno por su parte, valiéndole esta conducta nuestro reproche por mala práctica bancaria.