



# Capítulo 9

---

## **Avales y garantías**



## Introducción

Los avales y las garantías que emiten y reciben las entidades de crédito constituyen garantías accesorias (tanto para la banca, cuando esta toma avalistas como garantía propia, como para el tráfico mercantil en general, cuando son las entidades las que avalan a terceros) que revisten sin duda interés. En el caso de los avales bancarios, además, su naturaleza de contrato atípico hace que en ocasiones surjan dudas sobre su naturaleza o los plazos para el ejercicio de las responsabilidades que de ellos se derivan.

En este capítulo analizamos la problemática que surge en torno a este tipo de contratos y garantías, así como los modos de resolver los conflictos derivados de ella.

## 1 Cuestiones generales

Es habitual en el tráfico mercantil que las entidades de crédito se relacionen con las figuras del aval, la garantía, la fianza<sup>1</sup> o el afianzamiento<sup>2</sup>, fundamentalmente en dos condiciones:

- En la de avalistas, en aquellos casos en los que emiten esas garantías a favor de sus clientes (avalados). En estos supuestos, dichas garantías cubren el eventual incumplimiento de las condiciones pactadas en un contrato entre partes distintas a la entidad, siendo una de ellas el obligado principal y la otra el beneficiario del aval.
- En la de beneficiarios de tales garantías, situación común en los supuestos de concesión de determinadas operaciones de financiación a sus clientes, a fin de disminuir el riesgo de solvencia asociado a dichas operaciones.

En los casos en los que la entidad actúa como avalista, los obligados principales suelen centrar su disconformidad en el pago a las entidades de comisiones por riesgo que remuneran el servicio de garantía prestado. Las disputas también están relacionadas, en su mayoría, con el momento en el que se producen la cancelación y el cese de efectos del aval —y, en consecuencia, el cese de la obligación de pago de las comisiones por riesgo—.

En el caso de disconformidad planteada por los beneficiarios de la garantía, la controversia, con cierta frecuencia, versa sobre las condiciones que deberán concurrir para que el aval sea ejecutable.

Por lo que respecta a los casos en los que las entidades de crédito actúan como beneficiarias de las garantías, los expedientes tramitados suelen tener origen en la denuncia de los avalistas, que consideran que la información recibida en cuanto a la deuda exigida es insuficiente.

---

1 El artículo 1822 del Código Civil define la fianza como aquel negocio jurídico en virtud del cual se obliga uno a pagar o a cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este.

2 «Aval», «fianza» y «garantía» son tres términos que reflejan una misma realidad: el negocio jurídico de garantía. Representando «garantía» la denominación más amplia y genérica, «aval» es, por antonomasia, la garantía cambiaria. Se aplica también a las garantías plasmadas en pólizas mercantiles, de donde se ha extendido a las garantías emitidas por entidades de crédito, al tiempo que ha servido igualmente para denominar las garantías prestadas a favor de la Administración Pública o las creadas por leyes especiales. Por su parte, «fianza» (o «afianzamiento») constituye la denominación legal clásica de la garantía en el ordenamiento jurídico privado, civil y mercantil.

## 2 Caracteres esenciales desde la perspectiva jurídica y tipología

Las garantías se asientan en la relación jurídica de base garantizada y, así, se constituyen como un negocio jurídico superpuesto al negocio jurídico principal de carácter subyacente. La concepción causal de nuestro derecho, que hace de la causa un elemento esencial del contrato, impone la necesaria vinculación entre garantía y obligación garantizada. Esa vinculación puede darse en mayor o en menor grado, pero nunca puede existir una desvinculación absoluta.

Como criterio clasificatorio que atiende a la mayor o menor extensión de los derechos y facultades del beneficiario, el esquema 9.1 recoge la clasificación que tradicionalmente se viene haciendo de las garantías.

Otro elemento fundamental de la arquitectura jurídica de las garantías, muy relevante, se encuentra en los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos, por lo que el texto de la garantía resulta esencial para identificar su naturaleza y determinar sus efectos. Así, el régimen jurídico de cada garantía vendrá establecido por su propio contenido y, en último término, por el contenido de la relación jurídica garantizada —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, en particular cuando se trate de garantías sujetas a normas de derecho especial —como sucede con las garantías de entregas a cuenta del precio de compra de viviendas—.
- 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<sup>3</sup>, o

---

<sup>3</sup> Esta distinción se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1992, en la que manifiesta 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 que, 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».

Esquema 9.1

**Clasificación de las garantías**

Garantías simples	<p>Aquellas en las que concurren las características típicas (que no esenciales) del negocio jurídico de fianza, a las que, por lo tanto, es aplicable su régimen jurídico básico</p> <p>Las características más relevantes de las fianzas son los denominados «beneficios del fiador»:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Beneficio de excusión:</b> el fiador no puede ser compelido a pagar mientras el obligado principal sea titular de bienes o derechos suficientes para hacer frente a la obligación</li> <li>– <b>Beneficio de división:</b> si concurre una pluralidad de fiadores, la obligación de responder a la deuda se divide entre todos y el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer</li> <li>– <b>Beneficio de orden:</b> implica que el fiador ha de ser reclamado después de haber sido reclamado el obligado principal</li> </ul>
Garantías solidarias	<p>Aquellas en las que se excluyen los beneficios del fiador antes explicados: excusión, división y orden</p>
Garantías independientes o autónomas	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Su nota distintiva consiste en la inversión de la carga de la prueba que llevan aparejada. Así, es el fiador quien ha de probar el cumplimiento del afianzado para oponerse a la ejecución de la fianza, bastándole a dicho beneficiario declarar o comunicar la existencia de un incumplimiento del garantizado</li> <li>– Por otra parte, es frecuente, aunque no constituye un elemento esencial de la garantía independiente, que esta se otorgue a primer requerimiento; en tal caso, nos encontramos ante un contrato atípico, en el que el beneficiario de la garantía debe satisfacer la obligación garantizada cuando el acreedor simplemente se la reclame</li> </ul>

FUENTE: Banco de España.

- plazo de caducidad, de manera que, automáticamente, al transcurrir el plazo fijado, quedarían extinguidos los efectos del aval.
- Establecer, también eventualmente, determinados requisitos para su exigibilidad, relacionados con la acreditación por medios documentales, imponiéndose este deber de acreditación al beneficiario en el momento de reclamar la ejecución de la garantía.

### 3 Problemática habitual y criterios generales para su análisis

A lo largo de diferentes ejercicios, se han venido detectando distintas áreas de conflicto, que podemos concretar en las siguientes:

- La información precontractual y las explicaciones adecuadas que han de facilitarse 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.

Sobre este particular, la Circular del Banco de España 5/2012 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; dichas obligaciones incluyen facilitarles explicaciones adecuadas —en el sentido contemplado en el artículo 9 de la Orden 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 los que se contemple la existencia de avalistas en operaciones de préstamo o de crédito, en cuyo caso «estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen».

- Por otra parte, en los casos en los que las entidades de crédito actúan como emisoras de avales y garantías, la Circular del Banco de España 5/2012<sup>4</sup> establece, sobre la información precontractual específica que debe ofrecer la entidad, con ocasión de la contratación de este tipo de operaciones, lo siguiente:

«2.7 Avales, 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 la extensión de la garantía otorgada por la entidad, explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar su ejecución. En particular, se informará expresamente sobre si se reconocen o

4 La información precontractual exigible por razón de la contratación de avales se ubica en la norma sexta («Informaciones exigibles») del capítulo III («Información precontractual»), que, con carácter general, señala: «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 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 [...]».

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 este, 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 este, 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».

Pueden identificarse como otra fuente de conflicto aquellas controversias relacionadas con la oscuridad en la redacción de los documentos de garantía que afectan a su calificación, a la identificación del régimen legal aplicable —en el caso de garantías reguladas por leyes especiales—, 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. Así:

- Respecto a la claridad exigible a las entidades, en ocasiones se ha planteado disconformidad con la información facilitada a los garantes durante la vida del aval.

- En otros supuestos, 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 —de conformidad con las normas de derecho civil, si existen 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. En estos casos, se ha manifestado que la liberación de la condición de cofiador solidario es una decisión que, en cuanto que afecta a las condiciones pactadas para una facilidad crediticia, se enmarca dentro de la política comercial y de asunción de riesgos de las entidades de crédito, por lo que su fiscalización excede el ámbito de nuestras competencias.
- Por otro lado, se han planteado numerosas controversias relacionadas con la ejecución de las garantías. A este respecto, cabe señalar que la prueba del incumplimiento del afianzado —a cargo del beneficiario en las garantías simples y solidarias— o de su cumplimiento —a cargo del fiador en las obligaciones independientes— es una materia ajena a las atribuciones que se le reconocen al Banco de España, por lo que deben plantearse ante los tribunales de justicia.

No obstante, al margen de otras valoraciones, consideramos que el texto del aval es determinante para establecer los derechos y las obligaciones del avalista y beneficiarios y, por consiguiente, los presupuestos necesarios para la ejecución de la garantía. Por ello, se han emitido pronunciamientos contrarios a las entidades de crédito cuando se ha verificado la exigencia por parte de ellas de requisitos no contenidos ni explicitados en los documentos de aval, tales como 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 que, 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, se haya acreditado la existencia de motivos susceptibles de justificar tal negativa.

- Nos referimos, por último, a los supuestos en los que se pretende la cancelación de una garantía que no ha llegado a ser ejecutada o, más precisamente, en los que se solicita que, como resultado de dicha cancelación, la entidad emisora del aval cese en el cargo de comisiones por riesgo.

En definitiva, toda vez que el fundamento del adeudo de una comisión es la prestación efectiva de un servicio, en el supuesto de que todavía subsista el riesgo para la entidad de crédito avalista tras la finalización del plazo del aval —es decir, cuando su plazo se configure como 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 o 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 otro lado, la devolución del original del documento de fianza o aval viene considerándose exigible cuando tal devolución se pacta expresamente como requisito para la cancelación de la póliza de contragarantía usual y para el cese de la percepción por la entidad fiadora de la comisión periódica por la prestación de la fianza. Ello 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. No obstante, se considera buena praxis que las entidades renuncien a la entrega de dicho original cuando la extinción del riesgo resulta plenamente acreditada por otros medios, como podría ser 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 redacción clara de las cláusulas que regulen la duración del afianzamiento prestado, así como de las características de este, especificando claramente, además, los criterios de devengo de la comisión por riesgo de los avales y las circunstancias que determinen cuándo se dejará de percibir esta retribución.

## 4 Avaluos por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas

La exigencia de avalar las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas fue específicamente creada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que resultó derogada con efectos el 1 de enero de 2016, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras. No obstante, un régimen análogo al contenido en la mencionada ley de 1968 sigue siendo de aplicación por razón de su incorporación, con ciertas variaciones, a la disposición adicional primera de la vigente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Así, tras la entrada en vigor de la Ley 20/2015, los promotores y vendedores que perciban cantidades a cuenta del precio de viviendas deberán garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso en que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas y, en caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima y deberá informar al asegurado de dicha prórroga.

Asimismo, de la regulación contenida en la vigente Ley 38/1999, cabe destacar lo siguiente:

- La obligación de garantizar surge con la obtención de la licencia de edificación.
- Se ha de garantizar la devolución, cuando proceda, de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos aplicables, incrementadas en el interés legal del dinero desde la entrega del anticipo hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda.
- Si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo fijado, se debe requerir de modo fehaciente al promotor la devolución de todas las cantidades y se podrá reclamar al avalista la devolución si el promotor no procede a ella en el plazo de 30 días.
- Si la reclamación previa al promotor no es posible, se puede reclamar directamente al avalista.
- Si transcurren dos años desde el incumplimiento, por parte del promotor, de la obligación garantizada sin que se haya requerido por el adquirente la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades, se producirá la caducidad del aval.

- No se establece el carácter ejecutivo del aval o el contrato de seguro, que se determinaba anteriormente en el artículo 3 de la Ley 57/1968.
- La cancelación de la garantía se producirá, además de con la expedición de la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y la acreditación de la entrega de la vivienda al adquirente, cuando, cumplidas esas condiciones, el adquirente rehúse recibir la vivienda.
- Se determina, además, que el incumplimiento de las obligaciones impuestas constituye una infracción en materia de consumo, aplicándose la normativa al respecto, tanto la general como la autonómica.