

5 ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE AVALES Y GARANTÍAS

ÍNDICE

- 5.1 INTRODUCCIÓN **61**

- 5.2 ACOTACIONES
Y TERMINOLOGÍA **61**

- 5.3 TIPOLOGÍA **62**

- 5.4 ARQUITECTURA
JURÍDICA **62**

- 5.5 GARANTÍAS SIMPLES **63**

- 5.6 GARANTÍAS
SOLIDARIAS **65**

- 5.7 GARANTÍAS
INDEPENDIENTES **65**

- 5.8 GARANTÍAS A PRIMER
REQUERIMIENTO **66**

- 5.9 JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
SOBRE GARANTÍAS SOLIDARIAS,
INDEPENDIENTES Y A PRIMER
REQUERIMIENTO **66**

- 5.10 AVALES POR ENTREGAS
A CUENTA DEL PRECIO DE
ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS **66**

- 5.11 PUNTOS CRÍTICOS **68**

- 5.12 CONCLUSIÓN **69**

5 Algunas consideraciones sobre avales y garantías

5.1 Introducción

La compleja problemática técnico-jurídica inherente a la figura de los avales o garantías, tan ligados al desarrollo de la actividad económica y financiera, tiene su reflejo en la emisión por parte de las entidades de crédito de garantías a favor de sus clientes con distintas finalidades y por distintos conceptos, que van desde los avales entregados a favor de las Administraciones Públicas, hasta los avales a primer requerimiento por incumplimiento de condiciones contractuales, pasando por toda la larga lista de garantías que puede otorgar una entidad de crédito a favor de sus clientes, y en la exigencia de la figura del avalista o garante de determinadas operaciones de crédito concedidas a sus clientes, a fin de disminuir el riesgo de solvencia de dichas operaciones.

En la actual situación económica, y como lógico reflejo de la crisis financiera en la que nos encontramos inmersos, han adquirido una especial relevancia los problemas derivados de la necesidad de ejecución de avales en los que se encuentran implicadas las entidades de crédito, bien como sujetos pasivos, en el caso de requerir de pago a los avalistas de operaciones de crédito que han devenido impagadas, bien como sujetos activos, siendo en este caso dichas entidades las requeridas a hacer frente a sus obligaciones como garantes del incumplimiento de una obligación principal.

En este contexto, se ha considerado interesante elaborar un artículo en el que brevemente se resuman las características fundamentales de esta figura jurídica, en ocasiones poco conocidas, exponiendo aquellas cuestiones que han sido objeto de reflexión por parte del Servicio de Reclamaciones del Banco de España con motivo del análisis y estudio de los casos que se nos están presentando, haciendo especial hincapié, por su actual recurrencia, en contraste con la ausencia de casos reclamados hasta ahora, en la problemática derivada del incumplimiento contractual por parte de vendedores de viviendas que habían recibido cantidades entregadas a cuenta del precio de las mismas por parte de los compradores, cantidades que contaban con un aval especial creado específicamente por la Ley 57/1968, de 27 de julio.

5.2 Acotaciones y terminología

De entrada, procede acotar la materia que se pretende abordar en este capítulo, para excluir de comentario tanto las referencias a los antecedentes históricos como el análisis de las denominadas «cartas de patrocinio» (las *comfort letters* anglosajonas).

En cuanto a los primeros, siendo el propósito que aquí se persigue ofrecer una panorámica actualizada de los avales y garantías en general, y en el mercado bancario y financiero en particular, será suficiente comentar que, como tantas de nuestras instituciones jurídicas, también las garantías encuentran sus raíces en el Derecho Romano, y subrayar dentro de este la significación de la figura de la *fideiussio*, en su versión clásica, anterior a las *interferencias* posclásicas y justinianeas, para rastrear los fundamentos últimos conocidos de las hoy denominadas garantías *independientes* o *autónomas*.

Con respecto a las *cartas de patrocinio*, pese a su innegable función de garantía en un sentido muy amplio, se apartan del enfoque que aquí se adopta, orientado hacia las modalidades de garantía más extendidas en nuestro tráfico jurídico, sin perjuicio de constatar que dichas *cartas*, importadas fundamentalmente del mundo anglosajón, están adquiriendo una presencia cada vez mayor en la vida negocial y plantean interesantes cuestiones jurídicas, todo lo cual, unido a su diversidad de clases y a su diferente virtualidad, justifica sobradamente un estudio en exclusiva.

Aproximarse a la temática de los avales y garantías comporta una inevitable referencia a la terminología, para dejar sentado que *avales*, *fianzas* y *garantías* son tres términos que reflejan una misma realidad: el negocio jurídico de garantía.

Baste añadir al respecto que, representando *garantía* la denominación más amplia y genérica, *aval* por antonomasia es la garantía cambiaria, aplicándose 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 (así, por ejemplo, las garantías de cantidades entregadas a promotores a cuenta del precio de adquisición de viviendas). Por su parte, la *fianza* —o *afianzamiento*— constituye la denominación legal clásica de la garantía en el ordenamiento jurídico privado, civil y mercantil. El uso preferente o exclusivo de alguno de los términos aparece, pues, estrechamente ligado a la clase de soporte documental utilizado o al ámbito en que se preste la garantía.

5.3 Tipología

En un orden lógico, el segundo capítulo que se ha de tratar debe ser el relativo a los tipos de garantías, con un propósito meramente enunciativo, previo a su análisis particularizado. En este sentido, dejando aparte otros posibles criterios clasificatorios, cabe establecer tres tipos básicos y un *pseudo tipo* o *subtipo* adicional, todos los cuales pueden afianzar obligaciones de dar o de hacer: garantías *simples*, garantías solidarias, garantías *independientes* o *autónomas*, y garantías *a primer requerimiento*. En el análisis de los tres tipos básicos de garantías que se efectuará después en la misma secuencia enumerada, se podrá advertir una progresiva potenciación del derecho del beneficiario de cada tipo de garantía, que discurre en paralelo y en sentido inverso con el grado de dependencia de la obligación principal garantizada.

5.4 Arquitectura jurídica

Las que podríamos llamar *líneas maestras* en el diseño jurídico de las garantías son esencialmente la relación jurídica garantizada y el principio de libertad de pactos y su juego en los documentos de garantía.

Las garantías se apoyan en un sustrato, se asientan en un terreno que no es otro que el de la relación jurídica de base garantizada. La garantía es un negocio jurídico superpuesto al negocio jurídico principal subyacente. La concepción causal de nuestro Derecho, que hace de la causa un elemento esencial del contrato (artículo 1261, 3.º, del Código Civil), impone la necesaria vinculación entre garantía y obligación garantizada, cuyo afianzamiento es la causa de aquella. Esa vinculación puede darse en mayor o menor grado, pero nunca puede existir una desvinculación absoluta: una garantía sin causa (esto es, sin obligación a afianzar) sería un negocio nulo, y su imposible hipotética eficacia determinaría un enriquecimiento injusto del beneficiario, si llegase a hacerse efectiva. Ese vínculo, más o menos fuerte, se da en todos los tipos de garantías, incluso en las caracterizadas como *independientes* o *autónomas*; en una escala cromática, de intensidad de color por grado de vinculación, los tonos más vivos corresponderían a las garantías *simples*, los medios a las solidarias, y los pálidos a las *independientes*. Buscando otra imagen en la sintaxis, las garantías se ofrecerían como relaciones jurídicas compuestas, nunca yuxtapuestas, sino predicadas (las *simples*), subordinadas (las solidarias), o coordinadas (las *independientes*), respecto de la relación jurídica principal garantizada, con la que siempre guardan conexión.

Otro elemento fundamental de la *arquitectura* jurídica de las garantías se encuentra en los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos del Derecho positivo español (artículos 1254 y 1255 del Código Civil), lo que tiene como primera y esencial derivada la importancia nuclear y decisiva del texto de la garantía para identificar su naturaleza y determinar

sus efectos. 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, vigencia, validez, 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.
- Posibilitar la identificación segura del régimen legal aplicable, cuando se trate de garantías sujetas a normas de Derecho especial (como es el caso de las ya citadas garantías de entregas a cuenta del precio de compra de viviendas).
- Determinar y concretar la obligación garantizada.
- Fijar la duración o vigencia de la garantía, que en buena práctica jurídica debiera ser algo mayor que la de la obligación afianzada, y para el que la jurisprudencia ha acuñado la expresión *plazo de garantía*.
- Señalar eventualmente un plazo para su exigibilidad, denominado jurisprudencialmente *plazo de caducidad*, que no debería empezar en la fecha límite de la vigencia de la fianza (es decir, de su *plazo de garantía*), pues el incumplimiento del afianzado podría, en ciertos supuestos, producirse con anterioridad, ni tampoco coincidir con aquella fecha, ya que haría imposible en algunos casos la exigibilidad de la garantía (piénsese en una hipótesis en que coincidan el vencimiento de la obligación garantizada, el de la garantía, y la fecha límite para la exigibilidad de esta última al garante); en otras palabras, de establecerse un plazo de exigibilidad (o de *caducidad*) de la fianza, lo adecuado puede ser que tal plazo comience en la propia fecha de otorgamiento de la garantía y se prolongue por un período razonable posterior a la duración máxima de la misma.
- Establecer, también eventualmente, determinados requisitos para su exigibilidad, normalmente de aportación documental, que debe cumplir el beneficiario al reclamar la garantía.

5.5 Garantías simples

Las que, utilizando una terminología no muy depurada pero útil a efectos de diferenciación, se denominan aquí garantías *simples* constituyen el modelo básico de fianza, sobre el que se desarrolla la regulación jurídica del negocio de garantía, que está presente en todos los tipos del mismo a que se ha aludido, excepto, naturalmente, en lo que se refiere a los elementos diferenciales que precisamente individualizan cada modalidad.

Característica principal de las garantías *simples* son los llamados *beneficios* del fiador: el de excusión, el de división y el de orden, a los que puede agregarse, siempre de forma pactada, el menos conocido, de plazo.

El beneficio de excusión supone que el fiador no pueda ser compelido a pagar sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (artículo 1830 del Código Civil).

Según el artículo 1831, *ibídem*, la excusión no tiene lugar:

- 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.

2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.

3.º En el caso de concurso del deudor.

4.º Cuando este no pueda ser demandado judicialmente en España.

Conforme a los artículos 1832 y 1833 del mismo texto legal, para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión, debe oponerlo al acreedor cuando este le requiera para el pago y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. Cumplido lo anterior por parte del fiador, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcanzan, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte.

El beneficio de división, por su parte, se aplica cuando hay una pluralidad de cofiadores, disponiendo el artículo 1837 del Código Civil que: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.»

El beneficio de orden implica que el fiador ha de ser reclamado después que el obligado principal. Conforme al beneficio de plazo, que ha de ser expresamente pactado, al fiador no le afectará la pérdida del mismo por el deudor, pérdida que puede deberse, bien a una estipulación contractual (son frecuentes las conocidas como *cláusulas de aceleración*, que establecen distintos supuestos de vencimiento anticipado en financiaciones a plazo), bien a cualquiera de las causas que enumera el artículo 1129 del Código Civil, en cuyo precepto se lee:

«Perderá el deudor el derecho a utilizar el plazo:

1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.»

Quando se desea introducir el beneficio del plazo para el fiador, estableciéndolo expresamente, se suele emplear, en los casos de garantías de obligaciones de pago, una cláusula de estilo aproximadamente del siguiente tenor: «la pérdida del beneficio del plazo en que pueda incurrir el deudor no afectará al fiador, que conservará su derecho a pagar en los plazos contractualmente previstos.» Pero hay que insistir en que el fiador no tiene el beneficio del plazo, a menos que se pacte de modo expreso; incluso el artículo 1841 del Código Civil establece textualmente que: «Si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza.»

Otras características relevantes del régimen básico de las garantías *simples* son:

– Las normas reguladoras de los efectos de la pluralidad de fiadores, representadas por el ya reproducido artículo 1.837 del Código Civil, y el importante precepto del

artículo 1.850 del mismo Código, según el cual: «La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado.»

- Las causas de extinción de la fianza, que, de acuerdo con los artículos 1.847 y 1.851 del repetido Código, son:
 - La extinción de la obligación principal garantizada, cobrando en especial significación en materia de obligaciones afianzadas la causa extintiva representada por la novación de la obligación principal.
 - Las mismas causas generales de extinción de las obligaciones (artículo 1.156 del Código Civil).
 - La prórroga concedida al deudor sin el consentimiento del fiador.
- La prueba del incumplimiento del obligado principal, que es el presupuesto base para la reclamación de la garantía, y que corresponde, con arreglo a las reglas generales, al beneficiario a cuyo favor está otorgada aquella y que alega tal incumplimiento.

5.6 Garantías solidarias

La garantía solidaria es el resultado de agregar expresamente a la garantía *simple*, como modelo básico, el concepto de solidaridad y sus términos correspondientes, y de excluir, en cambio, los beneficios del fiador de excusión, división y orden que se han examinado, todo lo cual comporta la aplicación de las normas reguladoras de las obligaciones solidarias, fortaleciendo el derecho de garantía del beneficiario y facilitando sus acciones contra el garante.

La renuncia explícita a los beneficios de excusión y de división suele figurar en los documentos de las garantías solidarias, aunque tal renuncia es innecesaria si se ha pactado de forma expresa la solidaridad, pues por mandato de los artículos 1831, 2.º, y 1837, párrafo primero, del Código Civil, respectivamente, ambos beneficios quedan excluidos cuando la garantía se ha constituido como solidaria.

En las garantías solidarias, una vez más, la carga de la prueba del incumplimiento del afianzado queda igualmente a cargo del beneficiario.

5.7 Garantías independientes

La opinión jurídica dominante caracteriza estas garantías como negocios jurídicos no subordinados a la obligación principal garantizada, de la que son accesorios únicamente en cuanto a la existencia, vigencia, validez y exigibilidad de la relación jurídica base y a la producción del incumplimiento del afianzado, siendo ajenos, por consiguiente, tanto a la presencia de beneficios del garante, propia de las garantías *simples*, como a su exclusión legal o convencional, en la modalidad de las solidarias. Como elemento identificador singular, presentan el efecto de invertir la carga de la prueba, que, de pesar sobre el beneficiario en las garantías *simples* y en las solidarias, pasa en las independientes a gravitar sobre el fiador, que ha de probar el cumplimiento del afianzado para rechazar válidamente hacer frente a la fianza.

La terminología al uso aplicada a estas garantías no resulta del todo propia, porque ya se ha visto que no son —ni pueden ser— completamente *autónomas* o *independientes* de la relación jurídica principal que garantizan. En todo caso, debe rehuirse la expresión *garantías abstractas*, pues parecería revelar la ausencia de causa, hipótesis imposible en nuestro Derecho, según también se ha comentado.

Así, las garantías *independientes* se construyen omitiendo cualquier referencia a la solidaridad y a la exclusión de los beneficios del garante, y, en especial, estableciendo un contenido y unos requisitos de exigibilidad que conforman claramente una relación de vinculación de baja intensidad con la obligación principal garantizada, siendo de todos ellos el decisivo el representado por la circunstancia de que al beneficiario le sea suficiente declarar o comunicar (no acreditar) al garante el incumplimiento del garantizado, con lo que ello supone de reforzamiento de sus derechos como tal beneficiario. Por otra parte, no constituye un elemento esencial del tipo de la garantía *independiente* que esta se otorgue a *primer requerimiento*, aunque nada se opone a que esta última modalidad se añada a una garantía *independiente* ya configurada como tal, como seguidamente se comentará.

5.8 Garantías a primer requerimiento

Aunque la cuestión no es pacífica, la doctrina más moderna y segura concibe las garantías a *primer requerimiento* (*at first demand*) como una submodalidad o subtipo agregado de garantía, que puede ser objeto de incorporación tanto a las solidarias como a las *independientes* para producir exclusivamente el efecto de posibilitar al beneficiario el requerimiento directo al garante, dispensándole de la necesidad de requerir previamente al obligado principal. En principio, el modo a *primer requerimiento* no tiene por qué configurar por sí solo una garantía independiente, si bien es frecuente que aparezca asociado a fórmulas de este tipo, con el resultado de añadir a la fortaleza de la garantía independiente la accesibilidad inmediata al fiador.

5.9 Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre garantías solidarias, independientes y a primer requerimiento

No resulta todo lo clarificadora que sería deseable la jurisprudencia del Tribunal Supremo en estas materias. Las sentencias dictadas hasta el presente (de las que pueden citarse como más representativas las STS de 2.10.1990, 15.4.1991, 27.10.1992, 17.2.2000, 30.3.2000, 5.7.2000, 12.7.2001, 5.7.2002, 31.5.2003, 12.11.2003, 28.5.2004, 27.9.2005 y 1.10.2007), aunque admiten la figura de la garantía *independiente* y, en algún caso, la reflejan con nitidez, revelan en general una doble tendencia:

- De un lado, considerar como garantías *independientes* garantías solidarias constituidas a *primer requerimiento*.
- Calificar, en cambio, como garantías solidarias aquellas no expresadas como tales, pero que incluyan elementos propios de esa modalidad, como la renuncia del fiador a sus beneficios.

Ante la discusión doctrinal y el posicionamiento jurisprudencial, deberá imponerse el análisis casuístico de las garantías para tratar de establecer en cada caso su tipo y naturaleza, con sus correlativos efectos jurídicos.

5.10 Avaluos por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas

Se trata de una clase de avaluos creada ex profeso por una normativa especial representada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, a la que son también de aplicación otras disposiciones sectoriales que la complementan, en especial la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LOE).

Según el artículo 1, 1.ª, de la Ley 57/1968, los promotores y vendedores que perciban cantidades a cuenta del precio de viviendas deberán «garantizar las cantidades entregadas más el 6% de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o caja de ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido». El tipo de interés ha sido modificado por la disposición adicional primera de la Ley

38/1999, que ha sustituido el tipo fijo del 6% por «los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución».

Los elementos de esta modalidad de avales que resultan de su regulación legal especial son:

- La obligación garantizada, que, conforme a las previsiones de los artículos 1, 1.ª, y 4 de la Ley 57/1968, es la construcción y entrega de la vivienda en el plazo contractualmente convenido para ello.
- El tipo de interés aplicable, actualmente el tipo de interés legal.
- La duración del aval, que, con arreglo al artículo 4 de la citada Ley, se extenderá hasta la expedición de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación y la entrega de la vivienda al comprador.

A falta de un modelo legal, los perfiles y aspectos que pueden presentar los avales de este tipo y otros análogos son múltiples y se derivan de lo preceptuado en la normativa especial referida, combinado con los diferentes contenidos y textos de aval que son producto del principio de libertad de pactos que informa nuestro Derecho positivo.

Un primer aspecto, que abre o cierra el paso a otros, es del régimen jurídico aplicable a la garantía en presencia, si el general o común de la fianza, o el especial de la Ley 57/1968 y disposiciones complementarias, por remitirse expresamente el aval a dicha Ley, directamente o de modo indirecto a través del contrato de compraventa cuyas obligaciones del vendedor garantiza, o por incorporar un contenido que, sin referirse explícitamente a la Ley especial, conduzca indubitadamente a su aplicación.

Si el aval está sujeto a la Ley 57/1968, se podrían plantear diversas cuestiones, entre ellas las siguientes:

- Si, dados los términos amplios del artículo 1.º, 1.ª, in fine, de la Ley 57/1968 («para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido»), el aval puede o tiene que garantizar no solo la entrega del inmueble, incluida la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación del mismo, sino también la obtención de la licencia de edificación, en ambos casos en los plazos pactados en el contrato de compraventa.
- Si puede reconocerse eficacia al establecimiento en el texto del aval de un vencimiento anterior al momento de la acreditación por el promotor de la entrega del inmueble al comprador y de la obtención de la licencia de primera ocupación exigidos por el artículo 4 de la repetida Ley 57/1968 para la cancelación de la garantía, o deben primar las previsiones legales en este punto, consideración esta última que debería prevalecer, teniendo en cuenta la finalidad y el espíritu de la norma.
- Si cabe o no admitir la extensión del aval por un importe máximo que resulte ser inferior al total de las cantidades entregadas a cuenta, cuestión en que habría de imponerse la respuesta negativa, por las mismas razones apuntadas.
- Qué fecha ha de tomarse como día inicial (dies a quo) del cómputo del devengo de los intereses garantizados, materia en la que caben dos posiciones: una, conside-

rar que los intereses son indemnizatorios, con lo que deben devengarse desde el incumplimiento del afianzado; la otra, entender que se trata de intereses remuneratorios de los capitales entregados por los beneficiarios, en cuyo caso procedería su devengo desde las fechas de las correspondientes entregas a cuenta.

Si se incluye o no en la garantía el importe del IVA de las cantidades satisfechas por el comprador, siendo el uso más generalizado la extensión de la cobertura de la garantía a las cuotas de dicho impuesto.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, no hay que perder de vista que la normativa especial reguladora de los avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas no constituye materia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito, por lo que la apreciación de su cumplimiento o infracción es competencia de los tribunales de justicia, y no del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que, una vez más, ha de limitar su intervención a la valoración de la observancia o no por parte de aquellas entidades de las normas sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y/o de las buenas prácticas financieras.

En consecuencia, en los avales sujetos a la Ley 57/1968, el pronunciamiento de este Servicio sobre contravención de las citadas reglas de transparencia de las operaciones y protección de la clientela y sobre incidencia en malas prácticas solo podrá recaer en supuestos de contradicción no interpretativa entre el contenido de las garantías y los preceptos legales, tanto respecto a su otorgamiento irregular como en cuanto al indebido rechazo de su pago.

No obstante, si, como resultado del estudio de los casos presentados, se observa un posible incumplimiento de las obligaciones que la Ley 57/1968 impone a las entidades financieras, compete a este Servicio alertar a la entidad sobre dicho posible incumplimiento en los términos en que se haya observado, así como del posible riesgo legal que el mismo pudiera conllevar, de ser objeto de tal pronunciamiento por parte de los tribunales de justicia.

5.11 Puntos críticos

A raíz de lo expuesto y del análisis de un amplio número de conflictos relativos a garantías, cabría resaltar una serie de puntos críticos o sensibles en la materia. Entre ellos:

- Las deficiencias técnico-jurídicas 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 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.
- La extinción de la garantía por la prórroga concedida al afianzado sin consentimiento del fiador, o por la novación de la obligación principal garantizada, cuando suponga la extinción de dicha obligación o haga imposible la continuidad de la fianza.
- La liberación por el beneficiario de uno de los cofiadores, sin el consentimiento de los demás.
- 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*.

Merece un comentario en este lugar el concurso de acreedores del afianzado como posible supuesto de incumplimiento del mismo que pueda determinar la ejecutabilidad de la garantía. En este orden de cosas, así como en las obligaciones de pago con vencimiento cierto incumplido, la respuesta afirmativa es clara, en otras obligaciones de dar, y más todavía en las de hacer, en las de prestar algún servicio, o en obligaciones compuestas con elementos de más de una de ellas, la solución no es tan tajante. Piénsese, por ejemplo, en casos en que las obligaciones del concursado garantizadas sean de tracto sucesivo y el concurso se plantee como de continuidad del concursado en el desarrollo de su actividad: en supuestos como estos, el concurso de acreedores supondrá solo un indicio de incumplimiento, que habrá de venir completado por el reconocimiento formal del mismo por parte de la administración concursal, y, en su caso, por la resolución convencional o judicial del negocio jurídico a que pertenezca la obligación garantizada, habiéndose registrado recientemente sentencias denegatorias de resoluciones instadas por contratantes con el concursado (por ejemplo, compradores de vivienda adquiridas en fase de construcción a promotores declarados después en concurso de acreedores).

- 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.

5.12 Conclusión

La amplia y variada problemática descrita, incluso en un análisis forzosamente breve como el presente, y la que se añadiría en un estudio más profundo, llevan al Servicio de Reclamaciones del Banco de España a formular a las entidades de crédito, como emisoras de avales y garantías, la viva recomendación de que, con anterioridad o al tiempo de su otorgamiento, informen debidamente, tanto a sus clientes como a los beneficiarios a cuyo favor se extienden, de la naturaleza, contenido y efectos de las garantías emitidas en cada caso, de modo que unos y otros puedan conocer, con la mayor concreción posible, el alcance de sus derechos y obligaciones bajo tales garantías.

Hay que tener en cuenta además, en esta materia como en cualquier otra en que en principio pueda ser competente, que el ámbito propio de atribuciones de este Servicio de Reclamaciones, ámbito al que este debe ceñir sus informes, se centra en la valoración del seguimiento por las entidades de crédito de las reglas sobre transparencia de operaciones y protección de la clientela y de las buenas prácticas financieras. Más allá de ello, que en ocasiones representa una línea sutil, el pronunciamiento sobre conflictos relacionados con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las relaciones de Derecho privado queda reservado al conocimiento y decisión de los tribunales de justicia.

Finalmente, se considera importante precisar que el Banco de España no lleva un registro centralizado de avales y garantías. Dicho Registro Especial, creado por la derogada Circular del Banco de España a la Banca Privada n.º 172, de 13 de julio de 1979, debe ser llevado por las propias entidades de crédito, que inscribirán en el mismo todos los avales y garantías emitidos por ellas, y se regula actualmente en la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, norma septuagésima tercera, 1.