

fianza ómnibus

Las pólizas de afianzamiento general

Javier López y García de la Serrana
Abogado
Socio de HispaColex

En estos momentos de crisis, en los que la morosidad de las empresas ha subido de forma exponencial, al igual que los concursos de acreedores, nos encontramos con la problemática de los llamados ‘avalistas’ y las pólizas de afianzamiento general, muchas de ellas de duración indefinida, suscritas hace muchos años por los administradores o socios de determinadas empresas como cofiadores, con carácter solidario y renuncia a los beneficios de división y excusión. Y es ahora, diez o quince años después de su firma, cuando las mismas cobran protagonismo, pues es ahora cuando las empresas están teniendo unos problemas de solvencia que nunca imaginaron que tendrían.

La fianza general (o fianza *ómnibus*, *fideiussione omnibus*) es una modalidad de fianza por la que el fiador garantiza el cumplimiento de todas las obligaciones que un sujeto (la empresa) asumirá frente a otro (entidad financiera), respecto a unas relaciones mantenidas entre el deudor principal y el acreedor.

En las fianzas generales se suele (y se debe) establecer:

- 1) Relación del tipo de operaciones respecto de las cuales se presta la garantía.

- 2) Previsión de un máximo de responsabilidad para el fiador.
- 3) Tiempo ilimitado de duración de la garantía pero con un correlativo derecho de desistimiento en cualquier momento a favor del fiador, quien de ese modo se libera de responsabilidad por los débitos contraídos por el deudor posteriores a la fecha del desistimiento.

Sin embargo, en algunas pólizas de afianzamiento general:

- 1) Al referirse a las operaciones, de la manera más amplia posible establece que la garantía será “por toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existan entre las partes”.
- 2) No limita la responsabilidad de los fiadores.
- 3) Pese a establecer una duración indefinida, no se contempla un derecho de desistimiento.

La validez de la fianza general nunca había sido puesta en discusión ante nuestros tribunales hasta el año 2000, cuando se dicta la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, en la que se enuncian tres requisitos de validez de la fianza general:

FD TERCERO. (...) Partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil y del concepto del con-

trato de fianza, artículo 1822, y de su regulación relativa a la obligación garantizada como objeto del mismo, se debe admitir, en principio, su validez, ya que no hay norma que la impida y restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que:

- primero: no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas, tal como aparecen reguladas en las Leyes 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998\960) y 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943), modificada por aquélla, no aplicables al caso presente, por ser anteriores a su entrada en vigor;

- segundo: la obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa, no sólo que exista la obligación y se desconozca su importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por fijarse –es el caso más frecuente, como el presente– las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas;

- tercero: se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de ésta, que contempla el artículo 1827 del Código Civil de tal manera que sólo se admite la obligación que sea determinable –no la absolutamente indeterminada– por –como mínimo– la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque sólo sea como máximo.

Por tanto, dejando al margen la concreción subjetiva (sobre la que no hay duda de cumplimiento), para que exista la “concreción objetiva” a que se refiere el Tribunal Supremo, en el contrato se debe determinar:

- 1) Las operaciones que se garantizan (el objeto fideiusorio).
- 2) La cuantía máxima de la garantía.

Junto a estos dos requisitos, la doctrina científica añade que en caso de establecerse una duración indefinida, se debe contemplar un derecho de desistimiento. Analicemos por separado el cumplimiento de estos tres requisitos.



La determinabilidad del objeto fideiusorio

Respecto de la primera cuestión (operaciones que se garantizan), la doctrina científica y los tribunales admiten que la determinabilidad del objeto en la fianza omnibus se realice *per relationem*, dentro de los límites de la obligación fideiusoria en el momento de su liquidación (por ejemplo, “toda clase de operaciones bancarias, tales como descuentos de letras, avales, etc.”).

Pero lo que no se admite es la fianza de “absolutamente todo”, por las siguientes razones:

- 1) Desde el punto de vista conceptual, hay que partir de que la fianza es un contrato accesorio: mediante el contrato de fianza nace una garantía personal accesoria de otra obligación principal, cuyo cumplimiento viene a asegurar. Por tanto, esa obligación principal desde ser determinable. Hay que advertir no obstante que la cuestión en abstracto (desde el punto de vista teórico) de la accesoriedad de la fianza general ha sido zanjada por el TS en la citada sentencia de 2000, al declarar que esta garantía «no infringe el principio de accesoriedad de la fianza, ya que para su efectividad será preciso que la obligación haya



nacido y sea líquida», admitiendo además que la determinabilidad se haga de una manera muy amplia: admitió la determinabilidad del objeto en un contrato en el que se garantizaban “las cantidades que les adeude o llegue a adeudarles José Roque, SA cualquiera que sea el concepto de que procedan, hasta la suma de 25.000.000”. Asimismo, el Tribunal Supremo, en otra sentencia de 18 de marzo de 2002, ha admitido una cláusula por la que el fiador garantiza “el pago de forma solidaria y con renuncia a los beneficios de excusión y división de las cantidades que a dicho Banco adeude en la actualidad “Alaceros Elgoibar, SA” y la que esta misma pueda tener en lo sucesivo, cualquiera que sea el concepto de que procedan y la forma en que la obligación haya sido contraída (...) hasta una suma de 14.000.000 de ptas.”. Hay otros países en los que sin embargo los tribunales consideran que la *fianza omnibus* no cumple la característica de accesoriedad, lo que no implica que sea inválida, sino simplemente que debe considerarse como otra clase de garantía impropia, pero no una fianza).

- 2) Desde el punto de vista práctico, si el objeto de la fianza general no apareciera limitado (en

la calidad – tipo de operaciones– y en la cantidad – límite de responsabilidad–), este tipo de fianza se convertiría, según advierte la doctrina científica, “en un ser de doble personalidad, perverso para los fiadores y tremendamente beneficioso para los acreedores, normalmente los bancos, que pueden conceder crédito en exceso, y así cobrar un mayor número de intereses, sabedores de contar con esta garantía que siempre los pondrá a cubierto contra la insolvencia de sus deudores”.

Por ello, considera la doctrina que una indeterminación absoluta de la deuda futura no es posible, así como tampoco una afianzamiento de toda deuda inimaginable sin que se establezca una delimitación material, como por ejemplo sería el caso de una extensión de la garantía a los compromisos del deudor principal ajenos a la relación negocial.

Pero vista la generosa posición que mantiene al respecto el Tribunal Supremo (“*las cantidades que les adeude o llegue a adeudarles José Roque, SA cualquiera que sea el concepto de que procedan*”), aunque se pueda alegar que la expresión utilizada en alguna póliza de afianzamiento general es demasiado amplia como para entender cumplido el requisito de determinación de la fianza, es posible que el juzgador que conozca de una posible nulidad de la misma, considere que los elementos para determinar en el futuro la obligación sí aparecen precisados (“*por toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existan entre las partes*”). Lo relevante, según algunos autores, es que pueda determinarse qué obligaciones futuras están incluidas en la cobertura.

La suma máxima de responsabilidad fideiusoria

Para que exista ‘concreción objetiva’ o determinación de la fianza general, tanto el Tribunal Supremo como la doctrina exigen que se limite a una suma máxima la responsabilidad del fiador. No limitar esa responsabilidad en una fianza general implica un notable riesgo para el fiador, de cuyas consecuencias no puede estar siempre seguro al no saber con exactitud dónde finaliza su responsabilidad. En otros países, como Alemania, su Alto Tribunal ha llegado a calificar a estas cláusulas como “sorprendentes” (porque el consumidor medio no podía esperar que estuvieran incluidas), y por tanto nulas si quien afianza es un

consumidor; mientras que en Italia la propia Ley exige que se limite el importe máximo garantizado en las fianzas por obligaciones futuras.

Aunque ese pronunciamiento del Tribunal Supremo del año 2000 sea *obiter dictum*, no obstante declara por dos veces que la determinación de la fianza exige la constancia objetiva de un máximo, y se trata de un criterio mencionado en 2002 por el mismo TS y por la Audiencia Provincial de La Coruña. Por ello, en nuestra opinión existen argumentos suficientes para defender la nulidad de la garantía en aquellos casos en los que no se haya hecho figurar la suma máxima de responsabilidad.

En la doctrina, señala el profesor Carrasco Perera, máxima autoridad en esta materia: “La responsabilidad del fiador debe contener un máximo. La existencia de este máximo de responsabilidad no cumple aquí la misma función que en la hipoteca, pues no puede hablarse de una regla de especialidad. El máximo protege la situación (no siempre existente) de ausencia de conocimiento y de información del fiador sobre el grado de riesgo que asume y sobre los avatares de este riesgo. Como *el acreedor no está obligado por principio a suministrar información al fiador sobre la evolución de este riesgo*, la carencia de esta información viene a ser compensada con la previsión del máximo. Como regla de interpretación debe proponerse que la previsión de un máximo incluye igualmente los intereses de la cantidad. En este punto, la STS 23 febrero 2000 debe valorarse como una rectificación de una doctrina anterior más permisiva, que de hecho no venía exigiendo la previsión de un máximo como requisito de validez. Y en este punto no pueden hacerse distinguos entre una fianza prestada por un profesional y la prestada por un consumidor. Con la diferencia de que el profesional que es un *insider* que controla de hecho o de derecho la sociedad deudora no podrá atenerse a la inexistencia de máximo pactado, cuando de otra forma él puede controlar la conducta del deudor y el volumen de las deudas que éste contrae”.

Por su parte, el profesor Infante Ruiz, que también es uno de los autores que ha estudiado con más detenimiento esta modalidad de fianzas, concluye: “la formulación de una fianza general mediante condiciones generales en su modalidad corriente, cuando trata de asegurar



una variedad de deudas, sin que se añada un límite pecuniario de la responsabilidad del fiador, puede resultar ineficaz por vulneración de la regla de la determinabilidad del objeto fideiusorio si no existen en el contrato índices claros de concretización de las deudas futuras.

Derecho de desistimiento en caso de fianza de duración indefinida

A los requisitos recogidos en aquella sentencia del TS, la doctrina científica mayoritaria suele añadir otro requisito, relativo a la duración de la garantía. Señala el profesor Infante Ruiz: “Se olvida no obstante esta sentencia de la importante limitación que debe establecerse en sede de fianzas globales en aras de la protección del fiador. No se hace mención, entre los requisitos de validez de la fianza general, a que en caso de que se pacte por tiempo indefinido y, dado el caso, no se establezca una suma máxima de responsabilidad, se otorgue un derecho de desistimiento unilateral a favor del fiador, previo aviso, sin alegar justa causa, y sujeto a su ejercicio tempestivo conforme a la buena fe. El riesgo típico en esta modalidad de fianza es que la cuantía de la deuda principal se dispare



de modo irrazonable, más allá de lo que el fiador pudo prever al pactar la garantía. En estos casos el derecho de desistimiento es un instrumento de protección del fiador contra la habitual práctica bancaria de conceder graciosamente crédito al deudor principal, engordando en exceso la cantidad, sabedor de la «solvencia» de aquél. La ratio de conceder este derecho se fija en el principio de que nadie puede ser obligado de manera perpetua a mantener una situación contractual. El principio puede rastrearse en algunas normas de nuestro Ordenamiento: a falta de pacto de las partes del contrato, el derecho de desistimiento (previo aviso y sin necesidad de alegar justa causa) puede inferirse, por analogía, de la norma que concede tal facultad al socio de la sociedad civil para la que no se haya señalado término para su duración (art. 1705 CC)”.

En el mismo sentido se pronuncia Carrasco Perera: “Si la fianza general se pacta con duración indeterminada, su eficacia se supedita, como en todos los contratos de este tipo, a la concesión al fiador de un derecho de denuncia, que sólo será eficaz si se hace con un preaviso razonable. Este derecho normalmente se reconoce en los contratos. Aunque tal derecho de denuncia no esté ex-

presamente atribuido al fiador, debe entenderse formando parte del contrato, por aplicación analógica del art. 1705 CC; nada importa para ello si se ha previsto un máximo de responsabilidad a cargo del fiador, pues la fijación de este máximo de responsabilidad no comporta para el fiador la obligación de responder incondicionalmente hasta el mismo.

Asimismo, los tribunales se han pronunciado en alguna ocasión acerca de la existencia de este derecho desistimiento, aún en el caso en que no se contemple expresamente en el contrato, si bien en ese supuesto sí existía una suma máxima de responsabilidad. Sea como fuere, la Audiencia no declaró la nulidad de todo el contrato, sino que optó por la consecuencia que prevé la Ley para el caso de nulidad de alguna cláusula: la integración del contrato (cf. art. 83 TR LGDCU de 2007); y es que los tribunales sólo suelen declarar la nulidad total, no parcial, de los contratos en casos excepcionales, en base al principio general de conservación de los negocios jurídicos.

En concreto, la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 23 de junio de 2011, ha

declarado: “Es evidente que el contenido de la cuestionada cláusula 14ª en los términos señalados, es exponente de la duración indefinida de la co-fianza prestada por los avalistas en consonancia con lo dispuesto en la cláusula 7ª del contrato de póliza para descuento y anticipo de créditos mercantiles que declara la duración indefinida del mismo, lo que conlleva a afirmar que los cofiadores carecerían de cualquier posibilidad de resolución de la fianza suscrita”.

Entendemos que la ausencia de previsión contractual que permita a los fiadores la posibilidad de desistimiento o liberalización unilateral del citado afianzamiento, podría hallarse en oposición a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que proclama la duración temporal de los contratos que no tienen fijado, como aquí acontece, un plazo determinado. Y si bien es cierto que dicha jurisprudencia (Sentencia de 22 de marzo de 2007 [RJ 2007, 5427] y 2 de junio de 2009 [RJ 2009, 3366]), incide más específicamente en aquellos contratos en los que subyace un vínculo de confianza “personae intuitu”, como sucede en los de agencia, distribución mercantil y otros afines de colaboración comercial, es también cierto que dicho desistimiento unilateral también sería predicable en toda relación contractual sin tope temporal de vigencia y por tanto también en los casos de contratos de pólizas de descuento cuando, como aquí acontece, se ha concertado con carácter indefinido. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencias de 1 de febrero y 1 de diciembre de 1999, afirmando que cuando se suscribe este tipo de afianzamiento, es habitual que se transcriban cláusulas con este contenido: “No obstante cualesquiera de los fiadores podrá dar por terminada su garantía notificándolo fehacientemente al banco. La notificación producirá efecto para todas las operaciones de descuento realizadas con posterioridad a la fecha de notificación, pero dicha ratificación no comprenderá las operaciones en curso, que seguirán afianzadas hasta su total cancelación”.

Sin embargo, como decimos, la Audiencia no considera que exista nulidad del contrato, sino que el contrato debe interpretarse entendiendo incluida o integrada en el contrato de fianza la facultad de desistimiento: “FD 5. De conformidad, por tanto, con tal planteamiento, resulta

procedente ahora, dada la citada infracción del artículo 1.826, apartado primero del Código Civil, llevar a cabo la reducción de la obligación del fiador a los límites de la del deudor principal, como así lo establece el referido artículo en su apartado segundo”.

En cualquier caso, en otros supuestos los tribunales también han hecho referencia expresa la necesidad de que se incluya este derecho de desistimiento. Así, la Audiencia Provincial de La Coruña, en sentencia de 15 de noviembre de 2002, sintetiza los requisitos que deben reunir las fianzas generales, mencionando entre ellos a este derecho de desistimiento cuando la fianza tenga una duración indefinida: “FD 2º (...) En este sentido, se aceptan cuando hay un plazo determinado (STS 31 de octubre de 1985 [RJ 1985, 5135], 26 de junio de 1986 [RJ 1986, 3796], 20 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6948] y 7 de febrero de 1994 [RJ 1994, 914]), aunque sea tan extenso como la propia vida del fiador (STS 29 de octubre de 1914), o, cuando no habiendo plazo fijado, se concede al fiador una facultad para poner fin a la vinculación fideiusoria (STS 6 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5241] y 29 de abril de 1992 [RJ 1992, 4470]) como en el caso que nos ocupa, en el que existe expresamente prevista una cláusula contractual de tal clase (estipulación tercera de la póliza) a la que hicimos expresa referencia en el precedente fundamento jurídico; cuando se delimita el tipo de obligaciones garantizables (STS 26 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8433]), y la cuantía máxima de las mismas (STS 30 de enero de 1990 [RJ 1990, 102], 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10243], 28 de junio de 1994, entre otras)”.

Conclusión

En definitiva, entendemos que existen suficientes argumentos para defender la nulidad de la fianza o confianza prestada en algunas pólizas de afianzamiento general, aquellas en las que se refieren a las operaciones afianzadas de la manera más amplia posible, estableciendo que la garantía será “por toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existan entre las partes”, aquellas que no limitan la responsabilidad de los fiadores a una cuantía determinada o aquellas en las que pese a establecer una duración indefinida no se contempla un derecho de desistimiento del fiador o fiadores.