

Las pólizas de afianzamiento general: “pólizas escoba”, entre la validez y la nulidad (Auto del TS 11 de marzo de 2015 y SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013)

Autor/a

José Carlos Espigares Huete

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil (Acreditado a Titular de Universidad). Universidad Miguel Hernández (España)

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 7

Páginas 25-31

revistalexmercatoria.umh.es

El Tribunal Supremo, mediante Auto de 11 de marzo de 2015, acordó no admitir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de diciembre de 2013, núm. 429/2013, que declaró nula la *póliza de afianzamiento general o global* suscrita por un empresario y su mujer a favor de una determinada entidad de crédito. El asunto es de extraordinario interés, porque plantea un juicio de validez a propósito de las denominadas '*pólizas escoba*' o, también conocidas como, '*fianza ómnibus*'. No es precisamente extraña, por ejemplo, la prác-

tica de solicitar aval a los administradores o socios de las sociedades que piden financiación. Tampoco que la garantía emitida se haga extensiva a la totalidad de las operaciones de la sociedad que puedan darse en el futuro entre las partes. Es el caso del supuesto litigioso. Los demandantes en el procedimiento, un matrimonio, suscribieron a favor de una entidad una póliza de afianzamiento. Esta póliza era de duración indefinida y ambos aparecían como cofiadores solidarios. Se garantizaban las operaciones de una sociedad, vinculada al marido, dedicada a la obra pública. La póliza suscrita,

por lo demás, tenía por rúbrica '*Póliza de afianzamiento general*' e incluía también un contrato de apertura de crédito por un importe máximo de 601.012,10 euros, en el que figuraba como deudora la sociedad afianzada. La fianza suscrita, por lo tanto, no se limitaba a esa operación de crédito, sino que se extendía a "*toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existiesen entre las partes*".

La fianza general, en su concepción elemental, es una modalidad de la *fianza por deudas futuras* del art. 1825 del Código Civil. Esta calificación no es cuestionada por la doctrina y en igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al proclamar la validez de la fianza general [Así DIEZ PICAZO, para quien la fianza general es una modalidad subtipo de la fianza por deudas futuras, pero que participa de peculiaridades propias. *Vid. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Madrid, 1993, p. 422]. La práctica comercial muestra hoy una tendencia que proporciona protagonismo a la emisión de garantías de este tipo. Esta evolución, consecuencia de la inclusión de ciertas cláusulas en el contrato - al amparo de la autonomía privada y en la búsqueda de ciertas ventajas económicas- convierte en algo habitual a la fianza general y origina el debate sobre la validez o no de tales pactos; así como sobre la vigencia o no de los preceptos protectores del fiador en la disciplina típica. El precedente fundamental en nuestros Tribunales está representado por la *STS de 23 de febrero de 2000* (RJ 2000, 1242). Esta sentencia pretendía establecer los criterios en que debía asentarse cualquier juicio de validez sobre la fianza general. Lo hacía acertadamente según nuestra doctrina [FERNÁNDEZ ARROYO, «Fianza general por deudas futuras. Presupuestos de validez de las garantías fideiusorias globales», *CCJC*, Nº53, 2000, pp.727-744: «La sentencia comentada representa un verdadero hito histórico en la materia al establecer los límites de

admisibilidad de la figura»], que ya había tomado partido con anterioridad a favor de la validez de esta figura y proclamado las condiciones de su validez [*Vid.* GUILARTE ZAPATEIRO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. MANUEL ALBALADEJO), T. XXIII, Edersa, 1979, pp. 81-82; CARRASCO PERERA, «La fianza general», *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, 1993, pp.1045-1084; «Comentario a la STS de 29 de abril 1992», *CCJC*, 29, abril-agosto 1992, pp. 331-343; ALONSO SÁNCHEZ, «Comentario a la STS de 17 de diciembre de 1990», *CCJC*, 25, 1991, pp. 145-151; BONARDELL LENZANO, «Contratos de afianzamiento general o de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios», en *Contratos bancarios*, GARCÍA VILLAVÉRDE (dir.), Madrid, 1992, pp. 845-896; DE COSSÍO, «La fianza de deudas futuras. Interpretación y perspectivas del art. 1825 del Código Civil», *DN*, 31, abril 1993, pp.1-12; BUSTO LAGO, Comentario a la STS de 5 de octubre de 1998», *CCJC*, 49, enero-marzo 1999, pp. 337-351]. Posteriormente otras sentencias del TS han contribuido a formar esta línea de pensamiento sobre la fianza general. Concretamente tres: las *STS de 30 de octubre* (RJ 2006\8904) y *28 de febrero de 2006* (RJ 2006\724), y la *STS de 13 de octubre de 2005*(RJ 2005\7340).

Debemos señalar igualmente que en los ordenamientos de *civil law* se había afirmado con anterioridad, lógicamente no sin debates, la validez de este tipo de garantías: y se había hecho fijando los mismos criterios de validez que el TS, en nueva *lex mercatoria*, hizo nuestros. El derecho de estos países, al amparo de una legítima expresión de la autonomía contractual, anticipa claramente nuevas tendencias en esta materia. La interesante *STS de 13 de octubre de 2005* (RJ 2005\7340) ya abordó una supuesto de fianza general, con

importe máximo garantizado y límite temporal de vigencia de la garantía. Estaba vinculada a un contrato de compraventa o suministro periódico de ganado, de donde surgía la obligación de suministrar un mínimo de reses mensuales durante un período de tiempo. La Sentencia aludía no sólo a nuestro Derecho histórico sino también a la práctica y legislación de otros países para interpretar las posibilidades del art. 1825 CC: « (...) el artículo 1825 del Código Civil, como antes el 1736 del Proyecto de 1851 (de contenido sustancialmente igual) y las Partidas (V.XIII.VI: e puede un home por otro entrar fiador, si quisiere, en ante que el deudor principal sea obligado) y, posteriormente, los artículos 1938 del Código Civil italiano de 1942 (que exige la previsione...dell'importo máximo garantito) y 628.2 del Código Civil portugués de 1966, admiten la posibilidad de que las partes de un contrato que va a originar una deuda exijan una fianza que esté ya perfeccionada en el momento de celebrarlo». No olvidemos tampoco que, realmente, la fianza general es un modelo traído de la práctica extranjera, sobre todo de la italiana.

¿Qué ha de entenderse, en consecuencia, por una *fianza general o global*? La fianza general es definida por GALGANO como aquella modalidad de fianza por la que el fiador garantiza el cumplimiento de todas las obligaciones que un sujeto, normalmente un empresario, contraerá frente a otro sujeto, normalmente un banco, en dependencia de una determinada especie de relaciones que serán mantenidas entre el deudor principal y el acreedor [Vid. «Fideiussione "omnibus" e contratto autonomo di garanzia», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, T.II, Madrid, 1994, p. 901. Una apreciable síntesis de la problemática inherente a estas garantías nos proporciona VIALE. Vid. «Fideiussione omnibus», *contratto e impresa*, 1990, pp.276 y ss.]. La SAP de 20

de diciembre de 2013, que origina estas reflexiones, recuerda los perfiles de esta figura de acuerdo con resoluciones anteriores. Para la Audiencia Provincial de Granada « (...) la llamada "fianza omnibus" o fianza general, es un tipo de afianzamiento en el que el fiador garantiza el cumplimiento de todas las obligaciones que un sujeto (normalmente, una empresa) asumirá frente a otro (entidad financiera) con respecto a unas relaciones mantenidas entre el deudor y el fiador. Es paradigmática la STS de 23-2-00 al respecto. En ella se recoge la doctrina siguiente: "... La fianza no puede existir sin una obligación válida, lo que excluye una obligación inexistente, pero no impide la fianza de una obligación, inexistente hoy, pero que existirá mañana, ya que la obligación futura la permite afianzar el artº siguiente 1.825 del Código Civil (LEG 1889, 27) : puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida: Se trata de una obligación no nacida, pero sí determinable sin necesidad de nuevo convenio (que sería un nuevo contrato de fianza), que no infringe el principio de accesoriedad de la fianza, ya que para su efectividad será preciso que la obligación haya nacido y sea líquida...Partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artº 1.255 del Código Civil y del concepto del contrato de fianza , artº. 822 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 o restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que: a) No se atente a la normativa sobre condiciones general de contratación o cláusulas abusivas, tal como aparecen reguladas en las Leyes 7/1.998, de 13 de abril y 26/1.984, de 19 de julio, modificada por aquella, no aplicables al caso presente por ser anteriores a su entrada en vigor. b) La obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa,

no solo 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, en 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. c) Que se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de esta, que contempla el artº 1.827 del Código Civil, de tal manera que solo 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 solo sea como máximo. Esta ha sido la doctrina que reiteradamente ha mantenido esta Sala (sigue diciendo el Tribunal Supremo), manteniendo la validez de las obligaciones futuras. La STS de 20-2-87 considera válida la fianza por deudas futuras de cuantía desconocida e incierta, si bien no cabe reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. La de 10-2-89 contempla y declara válida la fianza de las obligaciones que deriven de un contrato de arrendamiento de servicios. La de 20-5-89, destaca, la posibilidad de constituir válidamente fianza por obligaciones futuras e inciertas de cuantía desconocida, y en el caso de autos, no admite que la validez alcance a las obligaciones nacidas después de la muerte del fiador; la Sentencias de 10-7-95, declara la validez de una fianza encubierta en un préstamo, y dice literalmente, que la fianza puede llevarse a cabo por cualquiera de las formas que admite el Código Civil, lo que no impide que se desarrolle con autonomía cuando las partes así lo convinieren, difuminándose la nota de accesoriedad respecto al contrato principal. En todo caso, son constantes las sentencias que contemplan fianzas de obligaciones futuras sin plantearse siquiera el tema de su validez, que se considera indis-

cutible y que es práctica habitual en el tráfico mercantil. En definitiva, no hay que olvidar que la amplitud del objeto del contrato, no equivale a su indeterminación, ni hay que prescindir del último inciso del artº 1.825 del Código Civil, que exige que para la reclamación al fiador, la obligación garantizada esté perfectamente determinada y sea líquida...".». Omite la Audiencia, en cambio, referencia alguna a otras sentencias posteriores de considerable interés. Las hemos mencionado anteriormente. Concretamente tres: las STS de 30 de octubre (RJ 2006\8904) y 28 de febrero de 2006 (RJ 2006\724), y la STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005\7340).

Conceptuada esta figura volvamos al *Auto del TS de 11 de marzo de 2015*. Los términos de la inadmisión del recurso, que parecen fundados, provocan en el estudioso de estas garantías un estado de legítima frustración: porque cuánto desearíamos que el TS hubiese podido pronunciarse abiertamente sobre la cuestión. No lo hace porque « (...) basta examinar la contestación a la demanda y el recurso de apelación para comprobar que las alegaciones que la parte recurrente realiza en torno a estas cuestiones y que ahora constituyen el objeto del recurso, son totalmente novedosas». Aunque conviene reparar en algunos de los motivos esgrimidos, porque futuras resoluciones judiciales tendrá que pronunciarse sobre cuestiones de esta índole en la fianza general. Particular interés reviste la pretendida infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad parcial de los contratos. Reprocha la recurrente que la sentencia recurrida confirma la nulidad de todo el contrato pese a distinguir dentro del mismo dos fianzas distintas: una concreta, para garantizar la operación crediticia por importe de 601.012,10 euros y otra general, para garantizar toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existan entre las partes. Sólo esta última no contiene un límite má-

ximo de responsabilidad, pues el límite de 601.012,10 euros aparece como límite de la operación de crédito, de manera que la nulidad de la fianza general, a la que se refiere solo la cláusula 1ª del contrato, no debe conllevar la nulidad del resto del contrato. En consonancia con esta argumentación se sitúa otro de los motivos esgrimidos. Se sostiene la infracción de la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris* recogida en SSTs de 24 de enero de 1986 y 25 de abril de 1985, que declara que los Tribunales tienen plena potestad para calificar y tratar a los contratos como lo que realmente son y no en función de la denominación que las partes le hayan otorgado. La sentencia recurrida, sostiene la apelante, trata como "póliza de afianzamiento general", de forma unitaria, a una póliza que realmente está conformada por tres negocios jurídicos distintos, debiendo haber tratado de forma diferente a la fianza general de la fianza concreta y no decretar la nulidad de esta última. También invoca, finalmente, la infracción de la doctrina jurisprudencial existente en torno al art. 1826 del CC, contenida en SSTs de 13 de febrero de 1998, 14 de junio de 1984 y 20 de junio de 1989 y que contempla la posibilidad de que los Tribunales reduzcan los límites máximos de la fianza a los límites de la obligación principal. Alega la parte recurrente que si la obligación principal (el crédito concedido por la entidad a la sociedad) y la fianza concreta que garantiza dicha operación (y que tiene como límite máximo el importe de 601.012,10) fuesen plenamente válidas, para el hipotético caso de que el fiador se hubiera obligado a más que el deudor principal, la consecuencia jurídica no sería decretar la nulidad de la fianza sino reducir los límites de responsabilidad de dicha fianza a los límites de la obligación principal.

No tenemos respuesta del TS sobre estas cuestiones. Pero ya los solos efectos de la SAP 20 de diciembre de 2013 pueden ser im-

portantes. El tenor de la resolución, con la fundamentación directa que incorpora, pudiese servir de acicate para solicitar la declaración de nulidad de otras pólizas de afianzamiento general emitidas a favor de las entidades financieras. Para la Audiencia, siendo la validez de una *póliza de afianzamiento general* lo discutido, « (...) la responsabilidad del fiador *debe contener un máximo*, que 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 ese riesgo». La cuestión principal, por lo tanto, es si el condicionado de la póliza de afianzamiento es claro e inequívoco en este sentido. Precisa la Audiencia que no puede estimarse la concurrencia en el caso particular de este límite máximo. Lo importante, a su juicio, es *la literalidad de la póliza*: « (...) a poco que acudamos al contenido de la póliza obrante en las actuaciones, se puede observar que la fianza prestada por los demandantes no se limita a la operación de crédito, sino que se extiende a "toda clase de operaciones mercantiles y civiles que existan entre ambas partes", sin que el límite de 601.012'10 € aparezca como límite máximo de la fianza general, sino como límite de la operación de crédito. De tal suerte que, como con acierto señala la sentencia apelada, *no se especifica el límite máximo por el que los garantes han de responder de las operaciones civiles y mercantiles...*, pues el límite de 601.012'10 € es de la operación de crédito concedida al deudor principal. Y *no cabe acudir (...) a una interpretación integrada y global del contrato, pues la literalidad de la póliza es clara y concreta y a dicha literalidad ha de estarse. (...) se trata de fianza general, no limitada a una operación de crédito*».

¿Y cuál es nuestra opinión? Que la concurrencia de los límites de la fianza general en el caso concreto, siendo aconsejable que sean formulados del modo más explícito que

quepa imaginar en la póliza correspondiente, no siempre serán fáciles de apreciar. Y ajustarse estrictamente a la literalidad desdeñará en ocasiones la justicia material. Nos permitimos remitir al lector interesado a las consideraciones que, hace ya unos años y sobre esta materia, realizábamos en otro lugar. La rúbrica de aquel trabajo anticipa la poliédrica problemática que presenta la figura [«La globalización de la garantía: límites y concreción de la buena fe», *RDM*, Nº 269, 2008, págs. 901-948]. Las decisiones judiciales sobre la materia siguen siendo realmente escasas. La SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013, de momento, se inscribe en la tendencia que se inició con la STS de 23 de febrero de 2000. Pero no supera la incertidumbre, nada deseable, que puede predicarse de las resoluciones de otras Audiencias Provinciales. Lo cierto es que en relación a la fianza general se deben concretar los límites a la autonomía de la voluntad en que se fundamenta. Algunos de estos límites afectarán de manera directa a la validez de la garantía. Sigue resultando un hecho, por ejemplo, que existen dudas sobre si es o no condición de validez de la fianza general la previsión en el contrato de un importe máximo garantizado. La cuestión es hartó complicada, y está lejos de tener una solución clara. Nos reiteramos en lo que pensábamos sobre el particular. Creemos que la determinación del objeto en la garantía no debe quedar sujeta al poder unilateral y discrecional de uno sólo de los contrayentes, lo que sucedería de no exigirse límite alguno. El carácter expreso de la fianza exige que la voluntad del afianzamiento sea indudable, así como su extensión y sus efectos: la determinación del límite máximo de responsabilidad del fiador debe concurrir en todo caso en la fianza general. No consideramos, sin embargo, que su fijación deba siempre ser expresa, pudiendo deducirse implícitamente del contrato con carácter excepcional. Esto supone, en caso de discrepancia de las partes,

reconocer al juez la discrecionalidad necesaria para apreciar la concurrencia o no de este límite en el caso concreto, salvando así pretensiones injustas y declarando válido un contrato que realmente lo era, y debía producir sus efectos: ¿Realmente es justo anular, en el caso enjuiciado que sirve de soporte a estas reflexiones, la fianza vinculada a la operación de crédito? ¿No sería suficiente, y ajustado a Derecho, anular la fianza general en lo que tiene de fianza por deudas futuras? Aunque el tema se complica aún más en la fianza general, porque la función de prevención que comporta la anticipación de un límite máximo no excluye que, válida la fianza por la concurrencia inicial de este límite, se aproveche después el margen de maniobra concedido en perjuicio manifiesto del fiador. Y es aquí donde verdaderamente se concretan las exigencias de la buena fe contractual en la fianza general: otra vez corresponderá al juez, en caso de conflicto, la ardua tarea de contener desleales e injustificados comportamientos del acreedor, proporcionando soluciones equilibradas. Esta intervención, valorando la relación de garantía en su conjunto, debe entenderse como algo absolutamente excepcional que atienda a comportamientos manifiestamente contrarios a la buena fe, y cuyo efecto jurídico fundamental sea ahora la denegación de la cobertura fideiusoria sólo para determinados actos de concesión de crédito, y no la ineficacia de la completa operación de garantía.

Todos somos conscientes del riesgo que comporta derivar la solución del caso concreto a la discrecionalidad judicial. Entre otros motivos por lo imprevisible de los resultados. Aunque éste es el coste que hay que pagar: la propia naturaleza del principio de buena fe contractual, pese a que tanto bien aporta como mecanismo corrector de abusos en la ejecución de los contratos, complica enormemente las cosas. Por eso hay que ofrecer criterios

que concreten su aplicación. Y una última consideración. La hacíamos en su día y la recuperamos ahora. Que el juez, llegado el caso, tenga que intervenir para imponer una solución a las partes en una fianza general no debe hacernos caer en la tentación de abandonarlo todo a esta suerte. La autonomía privada ha de facilitarle la labor, lo que es tanto como decir que al redactar la garantía realice un esfuerzo de auto-reglamentación, dando origen a un modelo de fianza suficientemente articulado que tenga en cuenta las cuestiones sobre las que se viene llamando la atención: incorporación de un límite máximo del importe garantizado, previsiones relativas al límite temporal de la garantía, derecho de denuncia del fiador, especial derecho de información que debe reconocérsele, especificación de cuándo surge el deber de no conceder más crédito al deudor, prever qué tipo de relaciones se garantizan realmente y cuáles están excluidas. Nada de esto restará flexibilidad a la estructura del negocio, y permitirá su neta distinción de la fianza tradicional y de la simple fianza en garantía de concretas deudas futuras: la fianza general, universal u *omnibus* responde a intereses más complejos que se han convertido en exigencia del mercado. Y esto, como se ha dicho, sin que

tampoco «el intérprete tenga que quedar relegado a un papel pasivo de simple espectador de la novedad propuesta por la práctica». La SAP de Granada es un ejemplo de lo que puede suceder a quienes dejen exclusivamente en manos de los Tribunales la concreción de la garantía que suscriben: y, por tanto, el juicio de validez sobre la misma.