

**Artículo publicado en la revista editada por el Colegio Notarial de Madrid
"Notario del siglo XXI"**

**LAS LLAMADAS “PÓLIZAS DE AFIANZAMIENTO DE OPERACIONES
MERCANTILES”**

En ocasiones la premura que preside el desarrollo habitual de la práctica mercantil y, en especial de la bancaria, impone determinadas nomenclaturas “comerciales”, que pueden conducirnos a equívocos en el manejo de los conceptos jurídicos. El ejemplo más claro de ello lo encontramos en la ley 41/2007 donde se ha dado cobertura legal a un producto financiero conocido como “hipoteca inversa” cuya denominación nada tiene que ver con su trasfondo jurídico pues la hipoteca, como acto accesorio, no es inversa ni reversa, por no ser, en este caso ni es “diversa” de las restantes hipotecas porque sigue cumpliendo la función de garantía que le es propia.

En otros casos no es tanto la nomenclatura comercial cuanto la propia dirección técnico-jurídica de algunas entidades financieras la que nos puede inducir a la confusión de conceptos; en esta línea se sitúan las mal llamadas “pólizas de afianzamiento de operaciones mercantiles” objeto de nuestros desvelos en este artículo.

Efectivamente abundan en la práctica bancaria pólizas que las entidades de crédito suelen denominar como “de afianzamiento de operaciones mercantiles” cuya finalidad básica es la de dar cobertura ejecutiva a la entidad de crédito respecto de una variedad de obligaciones derivadas de una serie de operaciones que el cliente, normalmente un empresario (ya sea persona física o jurídica) ha concertado con aquella; en una de esas pólizas, escogida al azar, nos encontramos con la siguiente enumeración, a título meramente enunciativo o *ad exemplum*, de operaciones cubiertas por este tipo de pólizas:

- el “buen fin” de letras de cambio o de cualesquiera otros efectos que la entidad de crédito tenga descontados;
- el importe de cualquier saldo deudor o descubierto frente a la entidad de crédito;
- las deudas y obligaciones del cliente por préstamos, créditos, avales ante terceros, recargos, anticipos, transferencias ordenadas, recibos, contribuciones, impuestos o anticipos de cualquier clase efectuados por la entidad de crédito;
- y la deudas del cliente por operaciones de carácter parafinanciero incluyendo, confirming, renting, leasing, factoring o cualesquiera otras.

Este tipo de pólizas ofrecen dos importantes peculiaridades; por un lado *su generalidad*, normalmente son pólizas que, a modo de “paraguas”, acogen en su seno una pluralidad de operaciones entre la entidad y el cliente, actualmente existentes o que puedan crearse en el futuro; por otro lado, *su función de mera cobertura ejecutiva* respecto de las obligaciones que acoge en su seno; es decir, normalmente no surgen de dichas pólizas nuevas obligaciones contractuales para las partes, salvo las que derivan de la introducción de un tipo de interés moratorio determinado y de la regulación de las habituales prerrogativas bancarias (pacto de compensación, obligación de no enajenar, etc); lo que la entidad financiera persigue con este tipo de pólizas es disponer de un título de ejecución extrajudicial (artº 517-2-5º de la LEC) que le permita, en su caso, una reclamación ágil de sus derechos de crédito.

Además este tipo de pólizas suelen ir acompañadas de una regulación específica sobre el límite cuantitativo que alcanzan y su duración lo cual, junto con las típicas condiciones generales de la contratación (p.ej tratamiento de datos personales o central de información de riesgos), constituye el contenido típico de las llamadas “pólizas de afianzamiento de operaciones mercantiles”; lo más normal es que este cóctel se aderece

con una regulación de la forma de reflejar las diversas obligaciones cubiertas por la misma en una cuenta especial con un tipo de interés moratorio determinado e, igualmente, que se establezca el pacto de liquidez correspondiente para el caso de ejecución.

La pregunta que el avezado lector se estará haciendo a estas alturas de la película es obvia y es la de ¿quién mató a Laura Palmer?; me parece que, como en la canción, entre todos la mataron y ella sola se murió porque, a mi modo de ver las cosas, aquí no hay ni fianza ni de afianzamiento ni de nada que se le parezca. La única verdadera fianza en este tipo de operaciones se nos presenta cuando existe un tercero (fiador o avalista) que se obliga a cumplir las obligaciones asumidas en la póliza de “afianzamiento” por el cliente de la entidad financiera.

Veamos la cuestión con detenimiento; por la fianza, según el artº 1822 del CC, se obliga uno a pagar por un tercero en caso de no hacerlo éste; en el ámbito mercantil, los artículos 439 y siguientes del C. de Co no introducen ninguna enmienda a este concepto; tampoco el desarrollo jurisprudencial contiene ningún matiz diferencial en esta materia; ni siquiera la admisión en la práctica de los llamados avales “a primer requerimiento” o, como decía mi admirado ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA, con su brillantez habitual, “a primera sangre”, implican especialidad alguna en este punto; la fianza, el afianzamiento o el aval, jurídicamente hablando, exigen la existencia de un fiador que se obliga a pagar por otro –el deudor-; si no existen estos elementos personales no hay fianza; habrá crédito, garantía o cobertura ejecutiva o lo que quiera llamársele pero no fianza. La fianza de operaciones propias es un imposible jurídico porque “lo que no puede ser no puede ser y, además, es imposible”.

Ni siquiera en el supuesto en el que el cliente garantiza a la entidad financiera ejecutivamente el “buen fin” de las letras de cambio o efectos descontados previamente por aquélla podemos hablar de fianza *stricto sensu* porque esa obligación del cliente es una obligación propia; cuando aquél cede el crédito a la entidad y ésta, previo descuento del coste financiero que proceda, le anticipa su importe, el cliente-cedente lo que está haciendo es responder no sólo de la *veritas nominis* sino también de la *bonitas nominis*; es decir, no sólo de la existencia del crédito sino también de la solvencia de su deudor (artº 1529 del CC) pero, en ningún caso, actúa como fiador de éste último.

En esta línea se sitúa también un clásico entre los manuales que abordan el estudio de las pólizas bancarias; efectivamente MOXICA ROMÁN y MOXICA PRUNEDA (“Las Pólizas Bancarias”, editorial ARANZADI, 3ª edición) enumeran, entre las clases de pólizas, a las de préstamo, de crédito, de descuento y de afianzamiento pero entendiendo estas últimas en un sentido jurídico propio, es decir, en el que se deriva del mentado artículo 1822 del CC.

Puestos a buscar alguna explicación que justifique esta errónea nomenclatura sólo se me ocurre pensar que las asesorías jurídicas de las entidades de crédito han encontrado en la flexibilidad de la regulación legal de la fianza, que permite la extensión de esta a obligaciones futuras (artº 1825), una fácil forma de sustraerse al férreo corsé que el ordenamiento imponía para otro tipo de figuras jurídicas evitando, de esa guisa, las posibles objeciones que pudieran alegarse contra este tipo de operaciones.

Por tanto, cuando en la práctica nos encontramos con este tipo de pólizas debemos tratarlas como lo que realmente son y no dejarnos engañar por la apariencia con la que se presentan por mas que se trate de bellas palabras y de bellos conceptos; qué acertado estaba en este punto GONZALEZ PALOMINO cuando alertaba sobre los peligros que pueden entrañar las bellas palabras. Llegados a este punto es importante destacar que los poderes que deben ostentarse para otorgar este tipo de pólizas no son los que se exigen “para afianzar” o “constituir fianzas”, ni mucho menos la innovación que circula en

algún modelo de poder para “afianzar operaciones propias de la sociedad” sino que basta la capacidad general para contratar y contraer obligaciones y, como mucho, si tales operaciones llevan implícita la concesión de crédito, las facultades propias para este tipo de negocios. Ni mas ni menos. Por todo ello no serían aplicables a este tipo de operaciones las limitaciones que pudieran existir en determinados poderes para afianzar u otorgar fianzas.

En otro orden de cosas destacar que tampoco creo que la preferencia de la entidad de crédito en caso de tercería derive de la fecha en que se otorgue la llamada “póliza de afianzamiento” sino que, al igual que ha establecido el TS ¹ en relación con los créditos, habrá que atender a la fecha de la liquidación de las obligaciones que, al fin y al cabo, es el momento a partir del cual se conoce el alcance exacto de la obligación del deudor.

En realidad, este tipo de pólizas guardan gran analogía con la llamada “hipoteca de máximo” regulada en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, tras la redacción que le ha dado la ley 41/2007; al fin y al cabo podemos hablar de un tipo de póliza que cumple una función última de garantía ya que en su virtud la entidad de crédito pasa a disponer de un título de ejecución extrajudicial que antes no tenía o que tenía por una cantidad inferior; en la medida en que hablamos de garantizar obligaciones propias, el “guante analógico” de la hipoteca de máximo se ajusta mucho mejor que el de las fianzas. Es mas, en muchas ocasiones, el contenido de la escritura de hipoteca de máximo del artº 153 bis coincidirá con el de la póliza de afianzamiento si bien con la garantía añadida de la hipoteca.

De acuerdo con ello y si nos permitimos una suerte de “analogía inductiva o por inducción de lo particular a lo general” este tipo de pólizas deberían cumplir y, dicho sea de paso, habitualmente cumplen, los siguientes requisitos:

- especificar la denominación y descripción general de los actos jurídicos básicos de los que derivan o puedan derivar en el futuro las obligaciones incluidas;
- la cantidad máxima que abarca en su seno;
- su plazo de duración;
- la forma de liquidación para el caso de ejecución.

En consonancia con todo lo expuesto es también el momento de abandonar una terminología errónea desde su mismo nacimiento; propongo otras posibles denominaciones como “pólizas de cobertura ejecutiva global” o, en su caso, “pólizas de crédito global”.

Antonio Chaves Rivas (Notario de Málaga).

¹ Ver, por ejemplo, las sentencias de 4 de julio de 1989 y de 22 de marzo de 1994.