

LA VIRTUALIDAD DE LA CLÁUSULA DE PAGO A PRIMER REQUERIMIENTO PARA DEFINIR LA NATURALEZA DE LAS GARANTÍAS AUTÓNOMAS

La problemática de la calificación jurídica

Ignacio Hernández Meni

Doctorando en Derecho
Universidad de Cádiz

TITLE: *The virtuality of the payment on first demand clause for defining the legal nature of the autonomous guarantees. The problem of legal qualification*

RESUMEN: Las garantías autónomas, nacidas en el marco del comercio internacional, han visto incrementada su aplicación notablemente en las últimas décadas, adquiriendo tipicidad social. Pese a ello, carecen de un régimen jurídico normativo, por lo que su configuración se ha desarrollado progresivamente por vía jurisprudencial. La doctrina del Tribunal Supremo al respecto ha acumulado notables críticas de gran parte de la doctrina. Uno de los más significativos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal en los últimos años es la STS 217/2019, de 5 de abril¹. A partir del análisis de esta resolución vamos a tratar de exponer la dificultad de la determinación de la naturaleza jurídica de las garantías autónomas y la problemática de su distinción respecto de otras figuras afines, como la fianza; analizaremos las posiciones más relevantes de la doctrina sobre este extremo y ofreceremos propuestas de mejora respecto de la actual doctrina jurisprudencial de las garantías autónomas.

ABSTRACT: *Autonomous guarantees, born in the framework of international trade, have seen their application increase notably over the last decades, acquiring social typicality. Despite this, they lack a normative legal set of rules, which is why their configuration has been progressively developed through case law. The doctrine of the Supreme Court in this respect has been criticised by a large part of the doctrine. One of the most recent and significant pronouncements of the Supreme Court is the STS 217/2019, April 5. Based on the analysis of this ruling, we will try to explain the difficulty of determining the legal nature of autonomous guarantees and the problem of distinguishing them from other related concepts such as surety bonds, we will analyse the most relevant positions of the doctrine on this issue and we will offer proposals for the improvement of the current jurisprudential configuration of autonomous guarantees.*

PALABRAS CLAVE: *Autonomous guarantees, primer requerimiento, jurisprudencia, Tribunal Supremo, fianza.*

KEY WORDS: *Autonomous guarantees, payment on first demand, case-law, Supreme court, bond.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN A LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. CARACTERES DEFINITORIOS. 3. LOS REMEDIOS FRENTE AL ABUSO DE DERECHO. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 4. EL VALOR DE LA CLÁUSULA DE PAGO A PRIMER REQUERIMIENTO A EFECTOS DE CALIFICACIÓN JURÍDICA. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Roj: 1126/2019.

1. INTRODUCCIÓN

Las garantías autónomas o independientes son aquella modalidad de garantía personal que se caracteriza fundamentalmente por su ausencia de accesoriedad material, rasgo que implica que la garantía se abstraiga o independice de la obligación principal a la que sirve de cobertura, así como que no se puedan oponer por el garante excepciones derivadas de la relación de valuta².

Se trata de figuras atípicas, nacidas de la autonomía de la voluntad, mediante las cuales los acreedores pretenden constituir un instrumento que dé cobertura al eventual incumplimiento del deudor, y, por lo tanto, les garantice un estatus de indemnidad frente a un escenario de falta de cumplimiento de la obligación principal.

Dicha función de indemnidad se relaciona estrechamente en las garantías autónomas con el establecimiento de mecanismos orientados a una ágil ejecución de la garantía, es decir, a imponer la celeridad en el pago del garante. Si observamos la finalidad de la garantía autónoma y su habitual desarrollo contractual en el tráfico jurídico, constatamos que con ella se persigue obtener un pago *cuasi* automático por parte del garante, ante la eventualidad del incumplimiento del deudor principal.

Esa pretensión de pago cuasi automático se instrumentaliza por medio de dos elementos: la imposibilidad del garante de oponer excepciones derivadas del estado de la obligación principal y la obligación de pago del garante al primer requerimiento del beneficiario. En las garantías autónomas, en virtud de pacto entre las partes, se entiende producido el incumplimiento del deudor con la mera reclamación del beneficiario al garante. Esta obligación se rubrica mediante la inclusión de la cláusula de pago «a primer requerimiento» en los contratos de garantía autónoma.

Debido a al carácter atípico de las garantías independientes, su régimen jurídico se ha ido desarrollando por vía jurisprudencial. Uno de los grandes problemas que se han encontrado los tribunales en tal tarea ha sido el de diferenciar o establecer límites entre las garantías autónomas y la fianza. Tal dificultad ha sido abonada, en cierta medida, por la ambigüedad con que se redactan los contratos de garantía autónoma en la práctica jurídica. Con cierta frecuencia, el predisponente emplea términos ambiguos, poco claros o indefinidos, de modo que puedan haber en ellos interpretaciones de una (garantía autónoma) y otra figura (fianza), al objeto de salir beneficiado en todo caso.

² Vid. INFANTE RUIZ, Francisco José, *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 450; REDONDO TRIGO, Francisco, «La naturaleza autónoma del aval en las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa inmobiliaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 754, pp. 1093-1094.

El habitual empleo del término «fianza», unido a cláusulas de pago a primer requerimiento o de inoponibilidad de excepciones y a referencias a la obligación principal -lo que podría implicar accesoriedad material- provoca que en muchos casos sea una tarea notablemente complicada definir la naturaleza de la garantía que las partes han pactado, como paso previo y necesario para determinar las reglas aplicables a la resolución de la controversia.

La identificación de la garantía autónoma, la determinación de su régimen jurídico y su diferenciación respecto de la fianza son cuestiones fundamentales para que aquella pueda tener un correcto desarrollo en la práctica y para que los operadores puedan tener seguridad jurídica en el tráfico.

Es esencial la delimitación de los contornos que la separan de la fianza por cuanto que, a nuestro parecer, la finalidad que las partes persiguen mediante la garantía autónoma puede verse imposibilitada si entran en aplicación normas del régimen jurídico de la fianza. En este sentido, podemos sostener que lo que define a la fianza en sentido positivo (presencia de accesoriedad material) define a la garantía autónoma en sentido negativo (supresión de accesoriedad material).

En la fianza existe una conexión entre el estado de la obligación principal y la ejecución de la garantía que se rompe por voluntad de las partes en la garantía autónoma, con la finalidad de obtener una rápida indemnidad del acreedor mediante un pago *cuasi* automático que debe accionarse al mero requerimiento del beneficiario. Por ende, la consecuencia de una errónea calificación jurídica de una garantía -que se califique como fianza cuando las partes pactaron garantía autónoma- conlleva que los contratantes dejen de obtener la finalidad³ pretendida, ya que al introducirse la accesoriedad material en el contrato, el pago ya no se producirá al primer requerimiento del garante, sino que habrá que entrar a analizar el estado de la obligación principal y, si en esta existen dudas sobre el grado de cumplimiento del deudor, la rápida satisfacción del derecho del acreedor que se perseguía quedará, en muchas ocasiones, mermada.

Con esta base, puede apreciarse que -ante la atipicidad de la figura- resulta crucial la doctrina jurisprudencial que se vaya desarrollando por los tribunales y, en especial, por

³ Define la causa DE CASTRO Y BRAVO, Federico, en *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 203, como «la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales».

razones obvias, la del Tribunal Supremo. Y no sólo en cuanto a la determinación de las reglas aplicables -régimen jurídico-, sino también en cuanto a la propia calificación de una garantía como autónoma y la consiguiente delimitación de la frontera de esta figura con la fianza. En este segundo aspecto y en relación con el análisis acerca de la tarea de calificación jurídica de las garantías personales por parte de los tribunales, presenta gran importancia el valor que estos otorgan a determinadas cláusulas que se aplican habitualmente en el tráfico jurídico, como la cláusula de pago «a primer requerimiento» o la cláusula de inoponibilidad de excepciones. En la medida en que puedan establecerse determinadas pautas para la calificación de la garantía como independiente, la seguridad jurídica en el tráfico se incrementará.

En este trabajo, partiendo de la STS 217/2019, de 5 de abril (Roj: 1126/2019), de gran interés para esta materia, analizaremos el valor de la cláusula de pago a primer requerimiento en cuanto a la calificación jurídica de la garantía para, a partir de ahí, ofrecer un esbozo más general de la evolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno a los elementos más relevantes para proceder a dicha calificación, atenderemos a las distintas posturas que la jurisprudencia ha venido avalando, sin perder tampoco de vista las opiniones doctrinales existentes al respecto.

Hemos de ser conscientes de que la institución de las garantías autónomas tiene su origen temporal después de la segunda guerra mundial, en un contexto de comercio internacional⁴. Esta modalidad de garantía atípica nace por las necesidades de los operadores jurídicos en las transacciones internacionales, que precisaban una herramienta de cobertura distinta de la fianza. La excesiva rigidez⁵ de la regulación de la fianza y la protección que se dispensa al fiador llevaron a que los operadores fueran desarrollando mediante la práctica una garantía que se rigiera únicamente por lo estipulado por las partes. La facultad de disposición de las partes es fundamental en un contexto de comercio internacional y de operaciones complejas, en las que intervienen al menos tres sujetos (ordenante, garante, beneficiario), que usualmente se encuentran en distintos países.

Con ello podemos comprobar que el escenario en el que se aplican las garantías autónomas es muy diferente de aquel en el que suele presentarse la fianza. En las

⁴ Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, «Accesoriedad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento», *Revista de Derecho mercantil* (2001), nº 240, p. 3.

⁵ Como indica GÓMEZ BLANES, Pablo, en *El principio de accesoriedad de la fianza*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 60-61, «la accesoriedad de la fianza es una accesoriedad plena [...] El régimen jurídico de lo principal se comunica a la obligación accesoría [...] Se produce como una especie de atracción de la fianza hacia el crédito (trahit ad se): la garantía gravita a su alrededor».

garantías autónomas encontraremos a un garante profesional, entidad de crédito⁶, que ejerce su actividad profesional a cambio de una remuneración, y que dará cobertura a una operación generalmente internacional y celebrada entre empresarios o comerciantes, a cambio de su correspondiente comisión.

La razón de ser del riguroso equilibrio que se configura en sede de fianza en nuestro Código civil, con una especial protección al fiador, radica en que en aquel momento este era concebido como un particular (normalmente familiar del deudor) que podía ver sacrificado su patrimonio personal en caso de tener que responder por cuenta del deudor garantizado⁷. En sede de garantías autónomas, tal fiador particular desaparece y en su lugar se posiciona un garante entidad de crédito. Con ello, las medidas tendentes a proteger al fiador (exigibilidad de incumplimiento previo, obligada excusión de bienes del deudor) se tornan innecesarias e inadecuadas para el objetivo que quieren alcanzar los profesionales en un contexto de transacciones internacionales.

2. APROXIMACIÓN A LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. CARACTERES DEFINITORIOS

Es la doctrina alemana⁸ la que desarrolla en su origen las garantías autónomas o «*garantievertrag*». En el Ordenamiento alemán, al igual que ha ocurrido en el italiano, se ha producido la ampliación del ámbito de la fianza, para integrar en ella a las garantías independientes. Por lo que respecta a nuestro país, dado que la materia no ha sido objeto de regulación positiva, hemos de remitirnos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Al respecto, no encontramos una posición clara acerca de si la garantía autónoma es un tipo de fianza con especialidades o si, por el contrario, se trata de una figura completamente ajena a la fianza tipificada en el Código Civil (arts. 1822 y ss.)

En las SSTs 28 mayo 2004, 27 septiembre 2005⁹ y 4 marzo 2014 se mantiene una tesis de compatibilidad de las especialidades de la garantía autónoma con el régimen general de la fianza¹⁰.

⁶ «Hoy en día es prestada de manera exclusiva por los bancos y compañía de seguro». INFANTE RUIZ, Francisco José, *Las garantías...*, op. cit., p. 436.

⁷ Vid. CARRASCO PERERA, Ángel, en Cordero Lobato, Encarna; Marín López, Manuel Jesús; Carrasco Perera, Ángel, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 98.

⁸ Vid. PÉREZ MILLÁN, David, «Garantías personales. Aavales bancarios». *VLEX-39087309*. Disponible en: <http://vlex.com/vid/garantias-personales-avales-bancarios-39087309>, p. 5.

⁹ Es muestra de ello la siguiente afirmación: «De ahí que, como se sostiene en el recurso, no puede desconocerse la aplicación a esta figura jurídica de las normas propias de la fianza en cuando se

Especialmente representativa de esta concepción es la primera de las resoluciones citadas, en la que se sostiene: «*Su propia especialidad, surgida de la voluntad contractual de las partes conforme al artículo 1255, no lo desnaturaliza y desgaja por completo del contrato de fianza presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideiusorio (Sentencias de 2-10-1990 y 15-4-1991¹¹), ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acrededor*».

Frente a ellas encontramos resoluciones, como son las SSTS 14 noviembre 1989 o 19 mayo 2016, en las que se manifiesta la incompatibilidad de regímenes entre fianza y garantías independientes, por estar conformadas por caracteres contrapuestos¹².

En los últimos tiempos la tendencia de la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la cláusula de pago a primer requerimiento se dirigía hacia la presunción de independencia de la garantía en la que dicha estipulación fuese insertada. La sentencia que vamos a analizar rompe con esa línea progresiva, restándole valor a la cláusula de pago a primer requerimiento en sede de calificación jurídica de la garantía.

Lo más interesante desde el punto de vista científico radica en el motivo por el cual el Alto Tribunal no reconoce virtualidad a la cláusula de pago a la hora de valorar la naturaleza jurídica de la garantía que las partes habían pactado.

Para analizar correctamente el Fallo, hemos de partir de los antecedentes fácticos. Las partes de este litigio son la mercantil Aurigacrown Car Hire S.L (en adelante, ACCH) y Marcoplan S.L. La entidad ACCH tenía por objeto la actividad de alquiler de vehículos. Estando incurso en situación de concurso de acreedores, y con el objeto de renovar su flota, celebra contrato de préstamo de 1.450 vehículos con la mercantil Marcoplan S.L. Esta última, impone como condición para la celebración del contrato que se le otorgue

acomoden a su especial naturaleza y muy singularmente de la contenida en el artículo 1.827 del Código Civil [...]».

¹⁰ Encontramos una muestra de ello también en la jurisprudencia menor, en la SAP Guipuzcoa 2 marzo 2015 (Roj 273/2015).

¹¹ En esta Sentencia reconoce expresamente nuestro Alto Tribunal que «*En sentido amplio se denomina fianza a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación, en cuanto la fianza es la garantía personal que se constituye comprometiéndose un tercero a cumplir la obligación caso de no hacerlo el deudor principal*».

¹² Así lo considera también la Sala *a quo* en la SAP Vizcaya 12 febrero 2016 (Roj: 321/2016): «su consideración como contrato independiente comporta que se trata de una garantía contrapuesta a la fianza, en cuanto que su validez y eficacia no se hace depender de la validez y eficacia del negocio subyacente. Como garantía abstracta que es, el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario».

fianza a primer requerimiento para responder de las obligaciones de ACCH - fundamentalmente, la adecuada conservación de los vehículos y la devolución de los mismos en correcto estado a la finalización del contrato-. A continuación, reproducimos el tenor literal del contrato celebrado por las partes, para un análisis más detallado:

«Además, a efectos de garantizar el fiel cumplimiento del contrato se fija una fianza de tres millones ochocientos veinte mil euros (3.820.000 €), distribuida en dos importes de ochocientos veinte mil y tres millones de euros, para los contratos primero y segundo, respectivamente, correspondiendo la primera de ellas a transferencia bancaria y la segunda a entrega de aval bancario de entidad de primer orden y a primer requerimiento, que se entregarán respectivamente por parte del arrendatario y arrendador de la siguiente forma y calendario:

- a.- La cantidad de 820.000 euros antes del día 30 de diciembre de 2010.
- b.- La cantidad de 3.000.000 de euros antes del 31 de enero de 2011, mediante la entrega del correspondiente aval bancario, por dicho importe.

La aportación de esta fianza (transferencia y aval) constituye un elemento sustancial de cada uno de los contratos para el arrendador, de modo que su ausencia determinará la resolución de los mismos, de forma autónoma e independiente con los efectos que se prevean.

Para el caso de que se confirmen y realicen los dos contratos de que consta este contrato general, la referida fianza se mantendrá en vigor por la totalidad de su importe hasta la finalización de ambos contratos y devolución de todas las unidades, y por el importe de ochocientos veinte mil (820.000) euros hasta la peritación de los daños de los vehículos de ambos contratos; por tanto, la referida fianza se devolverá en un importe de tres millones (3.000.000), concretamente el aval de dicho importe, con la entrega a su propietario del último vehículo y el resto, es decir ochocientos veinte mil (820.000) euros, una vez cumplidas íntegramente todas las condiciones de este contrato, incluidos, en su caso, rentas impagadas, cualquier tipo de daño (sobrevenido a los vehículos, siniestro total, faltantes, etc.), penalizaciones contractualmente establecidas, intereses de demora, falta de entrega o demora en la devolución de los vehículos requeridos, y en general, todo incumplimiento susceptible de valoración económica derivado del presente contrato. Dicho importe además cumplirá la función de valor acordado de forfait de 300 euros por unidad hasta un máximo de 600 euros de daños por vehículo.»

Para dar cumplimiento a la referida cláusula contractual, Caja Duero emitió dos avales a primer requerimiento -de uno y dos millones de euros respectivamente-, de los que era beneficiaria la entidad Marcoplan.

En ambos documentos se hace constar expresamente que se avala a ACHH frente a Marcoplan, «en garantía de las obligaciones asumidas por Aurigacrown Car Hire S.L. en base al contrato de arrendamiento de vehículos firmado por las partes el 29/12/10, del que se adjunta copia al presente aval, incluidos todos los gastos, tanto extrajudiciales como judiciales que se originen para el cobro de las cantidades pendientes de pago, todo ello contra el simple y previo requerimiento dirigido a la Caja por parte del beneficiario».

Posteriormente, se acuerda judicialmente la liquidación de ACCH, y esta entidad devuelve todos los coches a Marcoplan, excepto ocho que se estaban reparando. El administrador concursal de ACCH interpone demanda contra Marcoplan y Caja Duero, con la pretensión de que se libere a su representada, argumentando que el aval prestado responde únicamente de los coches arrendados, los cuales alega que han sido todos devueltos.

Por el juzgado de primera instancia -una vez allanado Caja Duero y formulada oposición por Marcoplan- se estimada la demanda. Tras el recurso de apelación interpuesto por Marcoplan, la Audiencia Provincial confirma la sentencia recaída en instancia, al considerar que el aval no tenía autonomía propia al ser parte de un conjunto contractual. Tras ello, Marcoplan formula recurso de Casación, cuyo único motivo se basa en la infracción del art. 1281.1 Cc, alegando que debieron ejecutarse los avales sin requisito adicional alguno, ya que lo contrario supone desnaturalizar el aval a primer requerimiento. El recurrente considera que los términos del contrato son claros y reflejan sin dejar lugar a dudas la voluntad de los intervinientes.

Tras el análisis del contrato, el Tribunal Supremo concluye que no estamos ante una garantía a primer requerimiento, sino ante una garantía accesoria (fianza), debido a que el contrato de garantía se encuentra vinculado al contrato de préstamo de vehículos celebrado entre las partes (obligación subyacente), y por lo tanto esa vinculación «causaliza» el contrato.

Esta argumentación del Alto Tribunal va a constituir el punto de partida de nuestro estudio a partir de la cual trataremos de analizar detalladamente la problemática de la calificación jurídica en sede de garantías autónomas.

Toda garantía, de manera inherente, lleva aparejada una obligación principal a la que sirve de cobertura. Es la razón de ser de las garantías. Nos parece que la referencia en el contrato de garantía a la obligación principal es un extremo que no debe tener una relevancia tan trascendente a la hora de definir la calificación jurídica de la figura. Y ello

por cuanto que se presupone que la garantía está siendo pactada para poner a salvo al beneficiario del incumplimiento de una obligación anterior en la que es acreedor. Es más, el Tribunal Supremo penaliza al beneficiario por haberse incluido en el contrato de garantía la referencia a la obligación principal (contrato de préstamo de vehículos), cuando ciertamente resulta artificioso que en una garantía no se haga referencia a lo que se garantiza.

Entendemos que la Sala confunde dependencia funcional con accesoriedad (en el sentido de oponibilidad de excepciones), lo que le lleva a errar en la resolución del asunto. Vamos a tratar de explicarlo. Toda garantía, por el hecho de serlo y por la propia función que realiza, presenta una conexión funcional o dependencia con la obligación que garantiza (obligación principal o relación de valuta). Esta accesoriedad funcional, se traduce en dependencia de la obligación principal, una dependencia que viene impuesta por la causa de la propia garantía: servir de cobertura a la relación de valuta.

Esta accesoriedad funcional no debe confundirse con la accesoriedad material propia de la fianza¹³. El hecho de que exista vinculación entre la garantía y la obligación principal no implica necesariamente que exista oponibilidad de excepciones¹⁴ entre ambas ni que, en definitiva, el contenido, alcance y extensión de la garantía sea el reflejo del contenido, alcance y extensión de la relación de valuta. En nuestra opinión,

¹³ Encontramos una acertada diferenciación entre accesoriedad material y accesoriedad funcional en la SAP Pontevedra 4 diciembre 2017 (2595/2017): «Pues bien, como precisa la sentencia de instancia, transmitidos los derechos de crédito que la entidad beneficiaria "Banco Gallego S. A." ostentaba frente a la mercantil avalada "Decovama 21 S. L." a la "Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria S. A." (SAREB), a virtud del "Contrato de Transmisión de Activos" de fecha 21 de diciembre de 2012, su cesión conllevaba inherente la transmisión de los derechos de garantía (avales a primer requerimiento) que daban cobertura a aquellos activos. Y ello por cuanto, con independencia de que la no accesoriedad del aval a primer requerimiento, como bien precisa la sentencia de instancia, solamente opera en relación con la absoluta independencia de la obligación garantizada y de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago de otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, es claro que se trata de una obligación establecida en función de garantía de un contrato principal (póliza de préstamo) y así, la transmisión del activo principal implica la cesión no solamente de todo aquello que le es inherente y accesorio, sino también de las obligaciones y garantías, así como la cesión de la posición contractual y jurídica de la entidad transmitente (cláusulas 4 y 5 del contrato de transmisión), sin que ofrezca especial dificultad el catalogar esos contratos de garantía como verdaderos contratos conexos, con arreglo a la definición del propio contrato, que los caracteriza como aquellos que sin tener como tales la consideración de Activo, estén intrínsecamente ligados a este».

¹⁴ Así se indica en la SAP Vizcaya 12 febrero 2016 (Roj: 321/2016): «[...] y, por supuesto, señala que la garantía es por su naturaleza independiente de la relación subyacente, con el propósito de identificarla - como en el presente caso, identificando el contrato- no altera la naturaleza independiente de la garantía».

la gravedad del pronunciamiento del Alto Tribunal en la resolución que estamos analizando radica en que extrae la accesoriedad material no de la voluntad de las partes, sino de la relación inherente que toda garantía tiene con la obligación que garantiza. Y el problema es que este es un escollo difícil de salvar: es imposible desprender de esa vinculación a la garantía, porque en caso contrario nos estaríamos enfrentando a un problema causal, ¿Cuál sería la función de una garantía que no tiene conexión funcional con ninguna otra obligación?

Los efectos que esto produce para los operadores jurídicos consisten en que, a la hora de redactar los términos de la garantía autónoma, tendrán que desempeñar la artificiosa labor de no incluir referencias al contrato principal al que aquella sirve de refuerzo. Consideramos que es un efecto no deseable, innecesario, y poco adecuado para satisfacer las necesidades de los operadores en el tráfico jurídico.

En nuestra opinión, la tarea de descifrar la naturaleza jurídica de la garantía autónoma debe centrarse en analizar si realmente las partes han configurado una independencia de aquella respecto de la relación de valuta. Dicha independencia va a implicar que la garantía va a quedar regida estrictamente por los términos en que esté redactada, sin que se vea necesariamente vinculada por el contenido, alcance y extensión de la obligación principal. Las excepciones de la relación de valuta no podrán ser opuestas en la garantía autónoma.

Y todos estos efectos de la independencia o autonomía de la garantía son compatibles con la existencia de cierta accesoriedad funcional, ya que las partes pueden disponer de la intensidad de la misma, pero no eliminarla completamente, ya que este es un límite o tope que viene impuesto por la necesidad de la causa como requisito de validez del contrato. Toda garantía -también las autónomas- presentan cierta accesoriedad, la cual en sus dosis más bajas se traduce meramente en dependencia funcional.

La propia cláusula de pago a primer requerimiento es un indicio de autonomía de la garantía, puesto que puede ser manifestación de pacto de exclusión de accesoriedad material por las partes. No obstante ello, resulta necesario analizar el contrato de garantía caso por caso y en su conjunto a fin de interpretar de forma más certera posible la voluntad de los contratantes.

En este extremo nos ilustra INFANTE RUIZ¹⁵, quien para analizar si las partes han pactado una «derogación convencional de la fianza fideiusoria» pone la lupa en la constatación de la existencia de dos estipulaciones: la «cláusula de sobrevivencia» y la «inoponibilidad de excepciones». Nos parece bastante acertado el análisis que hace el autor, toda vez que la inmunidad de la garantía frente a la invalidez o nulidad de la obligación principal y la inoponibilidad de excepciones (ausencia de accesoriedad material) son muestras claras de que las partes han querido pactar una garantía autónoma y no una fianza codicial.

Algunos autores explican la causa de las garantías autónomas clasificándolas dentro de los negocios de ejecución. Son negocios de ejecución aquellas obligaciones que requieren de otra antecedente a la que ejecutan o complementan¹⁶. La razón de ser de los negocios ejecutivos no se encuentra por tanto en sí mismos, sino en una obligación externa. Enlazando con lo que indicábamos al principio, la consecuencia de este tipo de negocios con causa externa es que se convierten en obligaciones abstractas (sin causa) si desaparece esa relación antecedente. De esta manera se explica la dependencia funcional que existe en toda garantía autónoma.

En opinión de SAN JUAN CRUCELAEGUI¹⁷, en la obligación compleja que constituye la garantía autónoma considerada en su conjunto, la obligación subyacente importa la causa sobre la cual se proyectan sendos contratos de ejecución¹⁸: por un lado, el mandato mercantil entre ordenante y entidad bancaria, y, por otro, la carta de garantía que emite la entidad bancaria en favor del beneficiario. Ambos serían contratos de ejecución de una relación antecedente que es el contrato principal celebrado entre ordenante y beneficiario.

El hecho de que exista esta dependencia entre negocio antecedente y negocio ejecutivo no es óbice para que ese último (la garantía) se abstraiga del contenido material de la obligación subyacente. La inoponibilidad de excepciones brota directamente de la función perseguida por las partes con la garantía autónoma. Para

¹⁵ INFANTE RUIZ, Francisco, en García Medina, José, «El aval a primera demanda o aval a primer requerimiento», *Boletín Aranzadi civil-mercantil* (2003), nº 46, p. 8.

¹⁶ «Parece claro que la causa de los negocios ejecutivos es esta situación básica y subyacente que les sirve de antecedente y soporte, cuya inexistencia se traduciría en la ineficacia del negocio y enlaza con la idea de los negocios abstractos, en cuanto negocios ejecutivos desligados del negocio antecedente, mientras que la causa de los negocios iniciales radicarán en el propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener». DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, p. 174.

¹⁷ SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, «Las garantías...», *op. cit.*, p. 47.

¹⁸ En el mismo sentido, vid. SAP Pontevedra 4 diciembre 2017 (Roj 2595/2017).

comprenderlo mejor hemos de acudir a la comparación con la función de la fianza. En la fianza codicial, el fiador cumple por un tercero en caso de no hacerlo este. La función del garante es la misma que la que desempeña el deudor principal en la obligación garantizada¹⁹. En la garantía autónoma, sin embargo, el garante ejerce una función de indemnidad²⁰, mediante una obligación independiente y distinta que no tiene por qué coincidir (y lo habitual es que no coincida) con la obligación del deudor en la relación de valuta.

Resulta por tanto perfectamente compatible que la garantía autónoma esté vinculada funcionalmente a la relación de valuta²¹ y desconectada materialmente de esta. Es decir, sirve de cobertura a la obligación principal, pero de acuerdo con los estrictos términos en que se haya pactado la carta de garantía. Si en ella las partes, en virtud de su autonomía negocial, han acordado la supresión de la accesoriedad material de la garantía, con el objeto de ganar en celeridad, agilidad, y seguridad para el beneficiario (quien supeditarán en la mayoría de los casos la celebración del contrato principal a la concesión de la garantía autónoma), no queda más que aceptar la validez del negocio contraído.

La inoponibilidad de excepciones constituye, por tanto, uno de los elementos fundamentales de la garantía autónoma. Para algunos autores es el factor decisivo para distinguir entre fianza y garantía independiente²². La inoponibilidad implica que el garante no pueda alegar excepciones relativas a la validez, nulidad o extinción de la obligación principal, ni al grado de cumplimiento de la obligación subyacente, ni tampoco las propias de su relación con el ordenante.

¹⁹ Vid. INFANTE RUIZ, Francisco José, «Comentario a la sentencia de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7298)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2011), num. 87, p. 1.

²⁰ Correctamente se argumenta este extremo en la STS 28 mayo 2004 (Roj: 3700/2004): «La función de la garantía a primer requerimiento no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino más bien asegurar la indemnidad del beneficiario cuando ocurra el supuesto previsto en la garantía y referente al incumplimiento por el deudor, que puede resultar perjudicado a costa del beneficiario que dedujo una reclamación injusta por infundada».

²¹ Vid., *Idem*, p. 44.

²² Según CARRASCO PERERA, Ángel, en Carrasco Perera, Ángel, *et al*, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 238-555, «la renuncia a la oponibilidad de excepciones por el fiador hace tránsito a garantía autónoma»; «La regla de la inoponibilidad de excepciones constituye la piedra de toque de la afirmada autonomía de la obligación de aval, y lo que en último extremo singulariza la nueva regulación».

Las vicisitudes que se produzcan en la obligación subyacente no pueden desplegar efectos en la garantía autónoma, y viceversa²³. En los casos -que constituyen la mayoría en la práctica jurídica- en los que la garantía sirve de cobertura a una obligación de hacer (ejecución de una obra, envío de una determinada cantidad de material, cumplimiento de determinadas prestaciones...etc.), concluir si ha habido o no cumplimiento por parte del deudor principal constituye una tarea controvertida que no puede ser resuelta de manera ágil en muchos de los casos. Por ello, -como regla principal y sin perjuicio de aplicar la *exceptio doli* cuando el incumplimiento sea evidente-, el garante no puede oponerse a la reclamación del beneficiario alegando que el deudor principal ha cumplido con su obligación, o que el incumplimiento de este se debe a negligencia del beneficiario, o que realmente la relación de valuta adolece de nulidad. El garante, dado que se encuentra en una obligación independizada de la principal, ha de regir su prestación por los términos de la garantía y, en consecuencia, si en ella se supedita su pago meramente a la reclamación del beneficiario, cuando esta se produzca el garante habrá de pagar la cantidad convenida en la carta de garantía.

Con ello se refuerza la función que pretenden las partes²⁴: la indemnidad del beneficiario ante cualquier incumplimiento que se produzca en la relación de valuta. Se trata de una cobertura ajena a las circunstancias que influyan en la obligación principal, toda vez que debe cumplir la tarea de procurar la satisfacción del acreedor en todo caso. El beneficiario debe recibir el pago del garante, y si este no debió producirse por no haberse producido el supuesto de hecho que lo habilita, tal circunstancia deberá resolverse posteriormente y en un proceso diferente.

La contrapartida de esta garantía reforzada que consigue la inoponibilidad de excepciones es el amparo a las reclamaciones fraudulentas. La referida inoponibilidad debe encontrar su límite en el orden público²⁵. En opinión de CASTILLA BAREA²⁶, la validez de la renuncia a oponer excepciones en la fianza es discutible, pues puede ser contraria al orden público que protege el art. 6.2 Cc. No obstante, en sede de garantía autónoma, aún siendo válida esta renuncia, entendemos que se deben establecer ciertos límites para evitar el abuso del derecho por parte del beneficiario.

²³ En palabras de INFANTE RUIZ, Francisco José, *Las garantías...*, *op. cit.*, p. 450: «la obligación de garantía no se hace depender de la existencia y vicisitudes de la relación garantizada. La garantía es incólume a los vicios de dicha relación que para nada puede adectarle».

²⁴ Vid. SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, «Las garantías...», *op. cit.*, p. 21.

²⁵ CARRASCO PERERA, Ángel, *et al*, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 496.

²⁶ CASTILLA BAREA, Margarita, «De la extinción de la fianza» en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12729.

No podemos perder de vista que la garantía, aunque independiente, sigue manteniendo una dosis de accesoriedad entendida como dependencia funcional de la obligación principal a la que sirve de cobertura. Ello implica necesariamente que la garantía cubre un supuesto de hecho que se asimila al riesgo ante el que el acreedor quiere quedar indemne. El supuesto de hecho de la garantía viene constituido por el incumplimiento del deudor principal. Lo que sucede en sede de garantías autónomas es que las partes renuncian a que ese incumplimiento sea probado, y aceptan que el mismo se considere producido con la simple reclamación del beneficiario. Con esta presunción el acreedor busca celeridad y seguridad.

Y todo este mecanismo funcionaría correctamente si se aplicase de buena fe, es decir, si el beneficiario sólo reclamase el pago al garante cuando le correspondiese, esto es, cuando el deudor principal haya incumplido en la obligación principal. No obstante, la vida no es utópica, y las reclamaciones de los beneficiarios no siempre están presididas por la buena fe (así lo pone de manifiesto la práctica jurídica), por lo que esta circunstancia supone un problema o dificultad que el Derecho debe resolver.

3. LOS REMEDIOS FRENTE AL ABUSO DE DERECHO. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El mecanismo que tiene el Derecho para contrarrestar las reclamaciones fraudulentas o abuso de Derecho es la *exceptio doli*²⁷. Mediante su oposición el garante puede negarse al pago reclamado por ser manifiestamente improcedente. El problema reside en que, si bien este mecanismo es necesario para asegurar la justicia material, no es menos cierto que constituye un arma de doble filo, puesto que trae consigo el riesgo de que, de no aplicarse correctamente, acabe con la independencia de la garantía²⁸ y suponga una vía de entrada clandestina para la accesoriedad material, desnaturalizando por tanto la garantía autónoma.

Hemos de reseñar que la razón de ser de la garantía autónoma (ese es el motivo de su nacimiento) es la búsqueda de una garantía más reforzada, que aporte al acreedor una mayor seguridad que la fianza (especialmente en el ámbito internacional) y que otorgue satisfacción con celeridad al beneficiario, consistente en la indemnidad frente a cualquier circunstancia que evite el cumplimiento de la obligación principal. En consecuencia, una satisfacción tardía del acreedor no colma las exigencias de la

²⁷ Encontramos una gran síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el ejercicio abusivo del derecho en la SAP Granada 27 febrero 2015 (Roj 101/2015).

²⁸ En la misma línea se manifiesta MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, «Accesoriedad...», *op. cit.*, p. 17. El autor apela a la necesidad de que se haga una «interpretación restrictiva» de la *exceptio doli* y que esta deba basarse en «prueba evidente».

garantía autónoma. Un pago al beneficiario que no sea automático no está cumpliendo con la función de la garantía, puesto que no le está generando indemnidad frente a la eventualidad producida.

Estas son las razones principales por las que gran parte de la doctrina ha vertido sus críticas contra la doctrina de inversión de la carga de la prueba del Tribunal Supremo. Una de las primeras resoluciones en que se desarrolla esta doctrina es la STS 27 octubre 1992 (Roj 2071/1991). En ella, pese a reconocer la no accesoriadad de la garantía autónoma y la inoponibilidad de excepciones, se indica que *«si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permite el garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal [...]»*. Tras ella se continuó esta doctrina en las SSTs 10 noviembre 1999 (Roj 7071/1999) y 17 febrero 2000 (Roj 125/2000), hasta la actualidad, pudiendo citarse las más recientes de 10 junio 2014 (Roj: 2824/2014) y 17 julio 2014 (Roj: 3157/2014)²⁹.

Como podemos apreciar, con la doctrina sentada por el Alto Tribunal, de poco sirve que se predique la independencia de la garantía, que se sostenga su no accesoriadad o se afirme que es suficiente la reclamación del beneficiario para entender que el deudor ha incumplido y que por lo tanto procede el pago del garante. Porque realmente, con la actual doctrina jurisprudencial, la reclamación del beneficiario no es suficiente, dado que se le otorga al garante la capacidad de poder negarse al pago si lo considera improcedente de acuerdo con el estado de la obligación subyacente. La independencia e incomunicabilidad entre relación de valuta y garantía quedan rotas, introduciéndose por vía interpretativa una accesoriadad material que las partes en virtud de su autonomía negocial habían omitido.

Como ya adelantábamos con anterioridad, la forma en que se trate la *exceptio doli* resulta decisiva para la supervivencia de la institución. También lo son los aspectos procesales. Gran parte de la doctrina³⁰ reclama que, en pos de salvaguardar la

²⁹ Como exponentes de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba también pueden ser citadas las SSTs 30/03/2000 (Roj: 2603/2000), 05/07/2000 (Roj: 5527/2000), 12/07/2001 (Roj: 6122/2001), 29/04/2002 (Roj: 3026/2002), 31/05/2003 (Roj: 3730/2003), 12/11/2003 (Roj 7089/2003), 04/12/2009 (Roj 7218/2009).

³⁰ Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, «Accesoriadad...», *op. cit.*, p. 17; CARRASCO PERERA, Ángel, «Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento», *Actualidad jurídica Aranzadi* (2010), nº 793, p. 5.

independencia de la garantía, las excepciones relativas al estado de la obligación principal, deben ser opuestas por el garante en un procedimiento diferente a aquel en el que se está tratando la ejecución de la garantía.

Hemos de tener en cuenta, además de la incorrección técnica de la doctrina del Alto Tribunal -que no es fiel a la naturaleza de la figura- los efectos que esta provoca en la conducta de los operadores jurídicos. Si la entidad bancaria tiene la opción de oponerse al pago con base en alguna circunstancia de la obligación principal lo más probable es que se oponga, y en un largo procedimiento judicial se decidirá si corresponde o no el pago. Durante el transcurso ganará tiempo y sobre todo, aprovechará en su favor el esclarecimiento de las eventualidades que rodeen al estado de la obligación principal, mediante la prueba que se practique³¹.

Como podemos ver, en este estado de las cosas, la configuración de la garantía autónoma se ha quedado meramente en el plano literal o gramatical, porque en el proceso de su transvase al plano práctico, se han adulterado de tal manera sus elementos fundamentales que se han desdibujado por completo sus contornos, sin que presente virtualidad para cumplir los efectos que le habían sido encomendados por las partes.

Así comprendemos la dureza con que algunos autores critican la doctrina jurisprudencial. En este sentido, ESPIGARES HUETE señalaba que «estaba justificado referirse a esta doctrina como “inconsistente”, hablar de “desconcierto”, “incertidumbre” o “inconsistencia interna”. Incluso podía afirmarse, sin ruborizarse, [...] que la garantía independiente no existe hoy en derecho español»³². Por su parte, CARRASCO PERERA concluye que «*la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia no es*

³¹ Esta circunstancia se aprecia en la SAP Vizcaya 12 febrero 2016 (Roj 321/2016). En esta resolución, aunque no es elemento determinante del fallo del Tribunal, se reconoce a mayor abundamiento que durante el procedimiento se ha constatado el incumplimiento del deudor principal, lo que habilita la ejecución de la garantía: «*Pero es que, además de lo dicho, y por si no fuera suficiente, la realidad es que los concretos incumplimientos de TEMOINSA han quedado demostrados en este procedimiento, al igual que ha quedado acreditado que la entidad BBVA los conocía puesto que aportó como documento nº uno de la contestación copia de la demanda presentada por OSE contra TEMOINSA y los demás integrantes del Consorcio, en la que se especificaban todos y cada uno de los incumplimientos cometidos por la avalada TEMOINSA, por lo que carece de toda explicación plausible el que, una vez presentada la demanda, la demandada continuara obcecándose en oponerse a la demanda, alegando incumplimiento de requisitos formales, cuando a través de dicha demanda se le habían pormenorizado los incumplimientos en que incurrió la avalada, y acerca de los cuales tenía ya un previo y anterior conocimiento*».

³² ESPIGARES HUETE, José Carlos, «El Tribunal Supremo vuelve innecesariamente a la doctrina sobre irrelevancia de la cláusula de pago a primer requerimiento. STS 217/2019, Sala de lo civil, de 5 de abril de 2019», *Revista Lex Mercatoria* (2019), Vol 11, artículo 5, ISSN 2445-9936.

pertinente ni tiene utilidad para resolver los conflictivos derivados de una garantía a primer requerimiento»³³.

En nuestra opinión la solución pasa necesariamente por una reconstrucción de la doctrina del Tribunal Supremo. La inversión de la carga de la prueba no es válida para el desarrollo y ejecución de las garantías autónomas porque traiciona su propia naturaleza. Se debe desarrollar una doctrina interpretativa que le de verdadera virtualidad a la independencia de la garantía, a su carácter no accesorio, a la inoponibilidad de excepciones, a la presunción de incumplimiento por la mera reclamación del garante y al pago cuasi automático del garante. Y todo ello pasa por restringir el campo de actuación de la *exceptio doli*. Esta sólo podrá ser invocada en casos excepcionales de abuso flagrante, donde exista una prueba clara y directa de que la ejecución de la garantía es improcedente porque obedece a un abuso del derecho por parte del beneficiario.

Entendemos que precisamente la labor del Tribunal Supremo es definir con precisión ese equilibrio necesario³⁴ entre la salvaguarda de la naturaleza independiente de la garantía y la prohibición del abuso del derecho en contra de las exigencias de la buena fe. Actualmente este equilibrio no está conseguido, por ello consideramos que son justificadas las críticas que gran parte de la doctrina científica vierte sobre la doctrina del Alto Tribunal.

En todos los supuestos que no respondan a estos casos excepcionales, el garante tendrá que proceder al pago cuando se produzca la reclamación del beneficiario, pudiendo únicamente oponer las excepciones derivadas de la propia garantía. Entre ellas podemos destacar el incumplimiento del plazo por el beneficiario, la falta de legitimación activa o el incumplimiento de ciertos requisitos documentales que hubiesen sido establecidos en la carta de garantía³⁵.

Nos parece acertada en este sentido la tesis de CARRASCO PERERA³⁶, en cuanto que consideramos que resulta decisivo para el correcto desarrollo de las garantías

³³ CARRASCO PERERA, Ángel, «Una vez más...», *op. cit.*, p. 3.

³⁴ En la misma línea se pronuncia SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, «Las garantías...», *op. cit.*, p. 19: «Debe encontrarse un justo equilibrio entre el derecho del beneficiario a reclamar el pago de la garantía, incluso cuando se discuta entre las partes el cumplimiento de la obligación subyacente y la injusticia que representaría reconocer al beneficiario ese derecho a percibir el cobro de la garantía caso de que su mala fe fuera evidente para el garante».

³⁵ Sobre las excepciones oponibles con origen en el contrato de garantía, vid. ESPIGARES HUETE, José Carlos, «El Tribunal...», *op. cit.*, p. 54.

³⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, «Una vez más ...», *op. cit.*, p. 5.

autónomas en el mercado que los tribunales incentiven al pago del garante de manera directa, impidiendo con carácter general que pueda negarse al pago oponiendo excepciones de la obligación principal, y restringiendo de manera férrea la aplicación de la *exceptio doli*. Como indica el autor, la actual doctrina incentiva la judicialización de la ejecución de las garantías, por lo que se dilata el pago y no se alcanza la función perseguida con la garantía autónoma.

Algunos autores se posicionan a favor de la doctrina jurisprudencial que estamos analizando. Este es el caso de SACRISTÁN BERGIA³⁷, que la considera coherente con nuestro sistema. El autor incide en que la obligación del garante debe concordar con la causa de la garantía, y sólo debe ejecutarse cuando exista incumplimiento del deudor principal. Ello le lleva a afirmar (y en esto difiere de la opinión mayoritaria de la doctrina) que el pago realizado por la entidad bancaria ante una reclamación abusiva del beneficiario es un pago indebido. Es más, indica el autor que el garante tiene la obligación de oponerse al pago cuando considere que la reclamación es improcedente.

Esta tesis entra en confrontación, como señalábamos, con la posición mayoritaria en la doctrina, que sostiene que «*el garante que paga siempre paga bien*»³⁸, dada la independencia entre la garantía y la obligación principal. Dado que no se le permite a este entrar a valorar cuestiones propias de la relación de valuta, ha de pagar en todo caso, y nunca incumple si efectúa el pago. Como se sostiene que la improcedencia de la reclamación del beneficiario debe tratarse en un procedimiento aparte, la obligación del garante consiste en ejecutar el pago si se han cumplido las condiciones formales establecidas en la carta de garantía.

4. EL VALOR DE LA CLÁUSULA DE PAGO A PRIMER REQUERIMIENTO A EFECTOS DE CALIFICACIÓN JURÍDICA

Volviendo al supuesto de hecho de la sentencia que nos ocupa, y tras analizar el contrato de garantía suscrito por las partes, cabe preguntarse si la cláusula de pago a primer requerimiento es suficiente para calificar la figura como garantía independiente. La doctrina ya se ha pronunciado al respecto, entendiendo mayoritariamente que dicha

³⁷ Vid. SACRISTÁN BERGIA, Fernando, «Las garantías autónomas a primera demanda», *VLEX-39087314*, 2009, p. 5. Disponible en: <http://vlex.com/vid/garantias-autonomas-primera-demanda-39087314>.

³⁸ Vid. CARRASCO PERERA, Ángel, *Idem.*, p. 5. También se manifiesta en ese sentido INFANTE RUIZ, Francisco José, *Las garantías...*, *op. cit.*, p. 437.

Al respecto, la SAP Zaragoza núm. 302/1998, de 13 de mayo (Roj: 1140/1998) indica: «*la segunda supone un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código civil, en el cual la accesoria ha quedado excluida: el garante que paga siempre paga bien, aunque el beneficiario en el fondo careciese de derecho material al cobro [...]*».

estipulación, aunque supone un indicio de la voluntad de las partes de independizar la garantía, no es suficiente para definir por sí sola la naturaleza de aquella³⁹.

Estamos de acuerdo con esta posición, dado que lo verdaderamente importante es analizar caso por caso la voluntad de las partes, sin que deba dejarse la calificación a la mera constatación de la estipulación de pago a primer requerimiento u otras expresiones que suelen emplearse de manera generalizada en el tráfico.

Con todo, la tendencia seguida por el Tribunal Supremo en los últimos años era la de presumir la independencia de las garantías con cláusula de pago a primer requerimiento⁴⁰. Aquí radica otro de los aspectos relevantes que motivan el análisis de esta sentencia: en ella el Alto Tribunal rompe con su anterior línea doctrinal, restándole valor a la cláusula como definitiva de la naturaleza autónoma de la garantía.

En opinión de algunos autores, la mejoría que venía experimentando la doctrina del Tribunal Supremo estaba basada en la objetivación de las estipulaciones en sede de calificación jurídica. Según MORO SERRANO⁴¹, aporta claridad interpretativa y seguridad jurídica asociar determinados efectos (independencia de la garantía) con la inclusión en el contrato de determinadas estipulaciones (cláusula de pago a primer requerimiento, inoponibilidad de excepciones...). Por su parte, ESPIGARES HUETE⁴² considera que el avance clarificador del Tribunal Supremo respecto de la configuración de su doctrina se ve interrumpido bruscamente por esta sentencia que ahora analizamos, considerándola un paso atrás, ya que la considera una «*vuelta innecesaria a la irrelevancia de la cláusula de pago a primer requerimiento*».

En nuestra opinión, si bien compartimos la tesis de que la cláusula de pago a primer requerimiento no es por sí sola determinante de la naturaleza de la figura, sí echamos en falta una mayor argumentación por parte del Tribunal Supremo acerca de por qué no le otorga la virtualidad de independizar la garantía de la obligación subyacente, máxime teniendo en cuenta que esta era la línea que venía siguiendo en sus últimas sentencias.

³⁹ Vid. GARCÍA MEDINA, José, «El aval...», *op. cit.*, pp. 7-8; BUSTO LAGO, José Manuel, «Accesoriedad de aval a primer requerimiento vinculado al contrato subyacente», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2019), nº 111, pp. 4-5.

⁴⁰ Así lo pone de manifiesto GARCÍA MEDINA, José, *Idem.*, p. 8.

⁴¹ MORO SERRANO, Antonio en García Medina, José, *Idem.*, p. 18.

⁴² ESPIGARES HUETE, José Carlos, «El Tribunal Supremo...», *op. cit.*, p. 55.

La justificación jurídica de la Sala queda más despoblada si cabe por el hecho de acudir además a un argumento erróneo: anudar la accesoriedad material de la garantía a la referencia que se hace en ella a la obligación principal que garantiza. Habría sido válida y acorde con la naturaleza de las garantías autónomas que se hubiese llegado a tal conclusión, pero por otra vía, por la línea de constatar la ausencia de estipulaciones que estableciesen la inoponibilidad de excepciones por parte del garante, o la independencia expresa de la garantía respecto del estado de la relación de valuta.

Con todo, aunque la garantía en cuestión fuese una garantía accesorial (fianza), estaríamos ante una fianza a primer requerimiento, porque no apreciar esto (que es lo que hace el Alto Tribunal) supone obviar por completo la cláusula de pago a primer requerimiento, como si no existiese. Claramente ello supone no tener en cuenta la voluntad de las partes en el desarrollo de su autonomía negocial.

La posibilidad de existencia formas híbridas como la fianza a primer requerimiento aparece recogida de forma expresa en la SAP Zaragoza núm. 302/1998, de 13 de mayo (Roj: 1140/1998): «la simple mención de la cláusula a primer requerimiento no sirve por sí sola para identificar una garantía como independiente y no accesorial, pues tal expresión unas veces nos sitúa ante una garantía autónoma y otras ante un contrato de fianza».

En la referida resolución se reconoce la dificultad que entraña discernir si estamos ante una fianza a primer requerimiento o ante una garantía autónoma en cada caso concreto. En el supuesto que el Tribunal examina, tras al análisis de las circunstancias, la balanza se decanta hacia el lado de la fianza a primer requerimiento, por dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, el documento de aval está vinculado estrechamente con el contrato subyacente, estableciéndose que garantiza el incumplimiento que en este se produzca; y en segundo lugar, porque en la garantía no se estipula la renuncia por el garante a la oposición de excepciones derivadas de la relación de valuta.

Al hilo de esta segunda consideración aprovechamos para apuntar que la inoponibilidad de excepciones es tan esencial para la garantía autónoma como lo es la accesoriedad para la fianza. Por ello, nos resulta acertada la importancia que el tribunal asocia a la referida cláusula respecto de la calificación jurídica que merece la concreta garantía que examina.

En similares términos, la SAP Rioja 17 octubre 2005 (Roj: 616/2005) reconoce accesoriedad en la garantía objeto de controversia, por haber establecido

expresamente las partes el incumplimiento de la obligación principal como supuesto de hecho de la garantía. Pero seguidamente señala que este extremo es compatible con la cláusula de pago a primer requerimiento que lleva insertada la garantía: «Ello no obstante tampoco desvirtúa el carácter de garantía contraída a primer requerimiento (expresamente pacta, con renuncia a los beneficios descritos o a la oponibilidad de excepciones) por lo que podrá exigirse el pago afirmando la existencia de incumplimiento contractual, aunque no se pruebe».

Pese a que el Tribunal ofrece justificación de su postura, la solución alcanzada no nos parece la correcta, de acuerdo con las naturalezas propias de garantía autónoma y fianza respectivamente. Si bien en la anterior sentencia analizada (SAP Zaragoza) estábamos de acuerdo con la calificación dada de fianza a primer requerimiento debido a que existía accesoriedad -consistente en vinculación estrecha del aval a la relación de valuta y ausencia de renuncia a oponibilidad de excepciones-, en esta resolución que ahora nos ocupa el Tribunal extrae la accesoriedad únicamente de la vinculación del aval a la relación de valuta -ya que las partes sí pactaron renuncia a la oponibilidad de excepciones-.

En este sentido, consideramos que -al igual que ocurre con la STS 217/2019-, se vuelve a confundir accesoriedad funcional (derivada de la causa del contrato) con accesoriedad material. La vinculación del aval a la relación subyacente sólo implica accesoriedad funcional; donde se observa la accesoriedad material es en la oponibilidad de excepciones. Dado que, a nuestro entender, la accesoriedad es elemento esencial en la fianza, la cláusula de renuncia a la oponibilidad de excepciones hace tránsito a otra modalidad de garantía personal (garantía autónoma). Ello, unido a que las partes establecieron cláusula de pago a primer requerimiento, nos lleva a afirmar que la garantía en cuestión no es una fianza a primer requerimiento, sino una garantía autónoma a primer requerimiento.

Aceptada la validez de la fianza a primer requerimiento, consideramos que esta debe identificarse por la concurrencia de accesoriedad material -oponibilidad de excepciones- y de cláusula de pago a primer requerimiento. Pero el siguiente paso es preguntarnos ¿qué consecuencias jurídicas genera la fianza a primer requerimiento? y, sobre todo, ¿qué la diferencia de una garantía autónoma a primer requerimiento? Al respecto hemos de señalar que en ambas modalidades el pago debe producirse de manera inmediata, al requerimiento del beneficiario. No obstante ello, en la fianza a primer requerimiento -dada su accesoriedad material- se podrán oponer excepciones derivadas de la relación de valuta, mientras que en la garantía autónoma, por su propia

autonomía o independencia, no tendrán cabida tales excepciones, pudiendo invocarse únicamente las excepciones propias de la carta de garantía.

En nuestro sistema el problema estriba en que la actual doctrina de inversión de la carga de la prueba del Tribunal Supremo desdibuja los contornos de fianza a primer requerimiento y de garantía autónoma, eliminando su diferencia de regímenes. Sostenemos esto por cuanto que por vía de inversión de carga de la prueba se introduce la accesoriedad material -que debería estar vetada- en la garantía autónoma, pudiendo el garante oponer excepciones propias de la obligación principal (¡Como si se tratara de una fianza!). Con ese filtro a través del cual el Alto Tribunal observa las garantías autónomas, podemos afirmar que estas y las fianzas a primer requerimiento, son actualmente la misma cosa.

El control del fraude o uso abusivo del derecho del garante debe ejercerse por medio de la *exceptio doli*, de aplicación excepcional en caso de reclamaciones cuyo carácter fraudulento sea manifiestamente evidente, y no mediante la inversión de la carga de la prueba, que desnaturaliza la figura, impide la consecución de los objetivos perseguidos por las partes, e introduce accesoriedad material donde no procede⁴³.

La validez de la modalidad de fianza a primer requerimiento ha sido reconocida también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 2 octubre 1990 [Roj: 6843/1990], 15 abril 1991 [Roj: 2071/1991], 28 mayo 2004 [Roj: 3700/2004], cuatro marzo 2014 [Roj 894/2014], entre otras).

Sin embargo, en esta ocasión el Alto Tribunal no parece contemplar la opción de que la garantía sea accesorio -y por tanto fianza-, pero con cláusula de pago a primer requerimiento. Al contrario, del pronunciamiento se intuye la incompatibilidad de la fianza con la cláusula de pago a primer requerimiento⁴⁴, ya que una vez que la Sala realiza tal calificación, desprecia absolutamente la existencia de la cláusula de pago, sin otorgarle ningún valor en la ejecución del contrato.

⁴³ La constatación de elementos accesorios en las condiciones del contrato de garantía llevo al Tribunal a descartar la calificación de aval a primer requerimiento en la SAP Tenerife 24 enero 2011 (Roj 167/2011): El examen e interpretación de las condiciones del aval, conducen a este Tribunal a no considerar el mismo como aval a primer requerimiento, en los términos expuestos por la doctrina anteriormente transcrita, pues de la condición séptima se infiere que el beneficiario debe notificar el impago al avalado y concederle diez días para su abono, con carácter previo a poder exigir el cumplimiento al avalista, dándose en consecuencia la accesoriedad de la que carece el aval a primer requerimiento.

⁴⁴ Vid. GARCÍA MEDINA, José, «El aval...», *op. cit.*, p. 2: «A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la cláusula a primera demanda tiende hoy a cumplir una función de asignación tipológica; en efecto, la simple aposición se estima de principio incompatible con la fianza [...]».

En dos casos similares al aquí estudiado, INFANTE RUIZ concluyó al respecto que la cláusula de pago a primer requerimiento no implica por sí sola la supresión de la accesoriedad, teniendo cabida una fianza a primer requerimiento, debiendo el Tribunal Supremo definir los efectos que produce la inserción de dicha cláusula en el contrato de fianza⁴⁵. En el supuesto de hecho que estamos analizando, la calificación jurídica más acertada dados los términos del contrato habría sido la de fianza a primer requerimiento. Por ello, consideramos que el Alto Tribunal debería haber entrado a analizar esta figura, determinando de qué forma coexisten accesoriedad y pago a primer requerimiento, y qué efectos generan tales elementos para las partes del contrato.

No dejamos de reconocer que se trata de una tarea que entraña una gran complejidad técnica. Así lo pone de manifiesto la SAP Zaragoza antes citada:

«El problema está en que no siempre será fácil determinar cuándo no encontramos ante una fianza a primer requerimiento y cuándo ante una garantía de carácter autónomo, siendo ello una cuestión a resolver mediante un examen global y conjunto de los pactos y cláusulas en que se recoge la garantía, en unión de los demás factores concurrentes en el caso de que se trate; si tenemos en cuenta que aquí nos hallamos ante una garantía a primer requerimiento que se presta para asegurar al acreedor el cobro en caso de incumplimiento de las obligaciones de pago dimanantes de un contrato de concesión , y que en el documento de fecha 18 de mayo de 1990 se vincula el “aval” al cumplimiento del contrato subyacente y en vez de renunciarse en él a las excepciones derivadas del contrato principal, se renuncia a los beneficios legales “de orden, división y excusión”, se llega a la conclusión de que nos hallamos ante una fianza solidaria a primer requerimiento , no ante una garantía autónoma e independiente, la cual se transmite al nuevo acreedor con la cesión del crédito garantizado (ver art. 1528 del Código Civil)».

En esta tarea de calificación resultan determinantes dos extremos: en primer lugar, definir si la cláusula de pago a primer requerimiento elimina la accesoriedad de la garantía; y, en segundo lugar, determinar si la accesoriedad es elemento esencial de la fianza. Si se considera que la cláusula de pago a primer requerimiento «naturaliza» la garantía haciendo tránsito hacia garantía autónoma y eliminando por lo tanto la accesoriedad, hemos de pronunciarnos seguidamente acerca de si es válida una fianza no accesoría, o con una accesoriedad debilitada por voluntad de las partes.

⁴⁵ INFANTE RUIZ, Francisco José, en García Medina, José, «El aval...», *op. cit.*, p. 3.

La tesis que propugna la asimilación de la inclusión de la cláusula a primer requerimiento con la autonomía de la garantía⁴⁶ ha de sostener el carácter no esencial de la accesoriedad para que todas las piezas encajen en la fianza a primer requerimiento y se revista a esta de plena validez. Menos problemas suscita la posición para la cual la cláusula de pago a primer requerimiento no comporta la independencia automática de la garantía, por lo que la referida estipulación podría acomodarse a la accesoriedad de la fianza conformando una fianza a primer requerimiento plenamente válida.

Para la doctrina mayoritaria la accesoriedad es elemento esencial en la fianza⁴⁷. Una segunda tesis, que defiende Díez Pícazo⁴⁸, propugna que tanto accesoriedad como subsidiariedad son elementos típicos de la fianza pero no esenciales, estando sujetos por tanto a disposición por las partes contratantes. Dentro de esta línea, argumenta Gómez Blanes⁴⁹, la accesoriedad podrá ser modulada por las partes, si bien existe un «núcleo inderogable» marcado por la propia causa de la garantía, de modo que aquella podrá limitarse o intensificarse, pero nunca desaparecer del todo.

Siendo estas cuestiones de gran complejidad, lo cierto es que la falta de coherencia interna en la jurisprudencia del Tribunal Supremo genera un mayor desconcierto en la calificación jurídica de las garantías autónomas. Lo explicamos a continuación. Como ya hemos señalado, en la sentencia objeto de este estudio la Sala no otorga ninguna virtualidad a la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza jurídica de la obligación en la que se inserta. Es más, en la resolución se hace caso omiso a su existencia, como si dicha estipulación no estuviera en el contrato. Esta técnica jurídica se contrapone de manera ostensible con la argumentación jurídica que lleva a cabo el Alto Tribunal en sus sentencias de 17 febrero 2000 (Roj: 125/2000), 5 julio 2002 (Roj: 4996/2002) y 9 diciembre 2005 (Roj: 7392/2005).

Especialmente destacable resulta la sentencia de 9 de diciembre de 2005, en la que de manera expresa se indica:

⁴⁶ Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, «Accesoriedad...», *op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, *Idem.*, p. 9; GARCÍA MEDINA, José, «El aval...», *op. cit.*, p. 4; entre otros.

⁴⁸ Díez Pícazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, p. 416: El autor indica, respecto de los principios de accesoriedad y subsidiariedad: «A nuestro juicio, definen la forma como la fianza se encuentra regulada en el Derecho positivo del Código Civil español, pero no pueden considerarse en modo alguno como esenciales o derivadas de una preexistente naturaleza de las cosas».

⁴⁹ GÓMEZ BLANES, Pablo, «La accesoriedad de la fianza», *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) Nº 118: 15-59, enero-junio de 2009, p 27.

«Dicho esto, no cabe duda de que la interpretación y la calificación efectuadas en la sentencia recurrida son correctas. Evidentemente, en los documentos que constan en la demanda se comprueba que el recurrente se comprometió “al primer requerimiento de este Banco Comercial Transatlántico S.A., a reembolsar los posibles saldos deudores de INDUSTRIAL ELECTRÓNICA, S.A. pudiendo Uds. exigir dicho pago en cualquier momento y en virtud de las obligaciones que asumimos frente a Uds”. Esta cláusula define el tipo contractual, que es distinto de la fianza, siendo una garantía totalmente autónoma y no accesoria, como afirman las sentencias de esta Sala de 27 de octubre de 1992, y 17 de febrero y 13 de diciembre de 2000».

Como se puede apreciar, mientras en la STS 217/2019 de 5 de abril la presencia en el contrato de la cláusula de pago a primer requerimiento es irrelevante, en la sentencia analizada en el párrafo anterior es definitiva de la naturaleza jurídica del contrato. Mientras en la primera se concluyó que estábamos en presencia de una fianza, en esta última se establece que estamos ante una garantía autónoma. La inseguridad jurídica creada es notoria.

Si analizamos con detalle la STS 5 julio 2002, apreciamos cómo en el contrato de garantía se hace referencia a la obligación principal que se garantiza: «En el encabezamiento se hace constar que el aval es “en concepto de garantía de cumplimiento del contrato...», ante lo cual la Sala reaccionada señalando que ello «aparece como función objetiva, es decir, como causa del contrato». En la sentencia objeto de este estudio tal vinculación del contrato de garantía a la obligación principal definió la naturaleza de fianza de la garantía, no otorgándosele valor a la cláusula de pago a primera requerimiento, sin embargo, en esta ocasión es esta estipulación última la que define la calificación jurídica, sin que tenga especial relevancia la referencia a la relación de valuta:

«Pero en el texto, se obliga a cumplir el aval “bastando para ello notificación por parte del armador de dicha resolución de contrato notificada al astillero” y fija un plazo brevísimo de dos semanas. De lo cual se deduce que la naturaleza es de aval, que se ejecuta bastando la notificación de la resolución del contrato, lo que no es otra cosa que aval a primer requerimiento. Si fuese fianza ordinaria hubiera exigido la comprobación del incumplimiento causante de la resolución».

Con este estado de la jurisprudencia, no resulta excesivo manifestar que difícilmente los operadores jurídicos pueden tener seguridad jurídica, ni conocer las reglas que van a determinar unos concretos efectos respecto de las estipulaciones contractuales que empleen. Es cierto que son numerosas las sentencias en que el Alto Tribunal ha

definido los caracteres de la garantía autónoma⁵⁰, si bien consideramos que se trata de definiciones programáticas, a modo de declaración de intenciones, sin que a los caracteres que definen a la figura se le anuden los efectos que les corresponden. Queremos decir con ello que de poco sirve que se defina la garantía como «*contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1255 del Código Civil [...], en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoria [...]*»⁵¹ si posteriormente no se ponen en valor dichos caracteres garantizando una verdadera independencia de la garantía por medio de la inoponibilidad de excepciones y de la exigencia de pago automático ante el requerimiento del beneficiario. Si la definición de garantía autónoma se traduce en una mera inversión de la carga de la prueba, los caracteres se tornan en papel mojado, ya que carecen de virtualidad en el plano práctico.

Una muestra más de la incoherencia interna que estamos denunciando viene constituida por los fundamentos de Derecho de la STS de 1 de enero de 2007 (Roj: 6417/2007). En ella, tras reconocer la Sala que el contrato controvertido es una garantía a primer requerimiento, paradójicamente se afirma:

«De la jurisprudencia que acaba de citarse se desprende que el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad (arts. 7 y 1255 del Código civil), no puede desvincularse en cualquier circunstancia [...] de la obligación garantizada que constituye su objeto [...] y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada [...]».

⁵⁰ SSTS 27/10/1992 [Roj: 8011/1992], 03/05/1999 [Roj:2972/1999], 17/02/2000 [Roj: 1179/2000], 30/03/2000 [Roj: 2603/2000], 05/07/2000 [Roj: 5527/2000], 13/12/2000 [Roj: 1130/2000], 12/07/2001 [Roj: 6122/2001], 29/04/2002 [Roj: 3026/2002], 05/07/2002 [Roj: 4996/2002], 31/05/2003 [Roj: 3730/2003], 28/05/2004 [Roj: 3700/2004], 27/09/2005 [Roj: 5571/2005], 04/12/2009 [Roj: 7218/2009], 26/10/2010 [Roj: 5777/2010], 04/03/2014 [Roj: 849/2014], 10/06/2014 [Roj 2824/2014], 17/07/2014 [Roj: 3157/2014], 19/05/2016 [Roj: 2307/2016], 05/04/2019 [Roj: 1126/2019], entre otras.

*En el presente trabajo se ha analizado, fundamentalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1990 hasta la actualidad.

⁵¹ STS 27/10/1992 [Roj: 8011/1992]

Respecto de la anterior argumentación hemos de hacer las siguientes manifestaciones. En primer lugar, resulta incorrecto técnicamente que una garantía autónoma no pueda desvincularse de la obligación principal, puesto que esto es precisamente lo que se persigue por medio de la meritada independencia de la garantía y constituye su razón de ser. En segundo lugar, si bien es cierto que el garante puede oponer las excepciones derivadas de la garantía,⁵² no es correcto sostener que las excepciones relativas al cumplimiento de la obligación principal tengan su origen en la garantía, puesto que las mismas brotan -como es lógico- de la relación de valuta. De lo contrario, se estaría reconociendo la accesoriedad material de la garantía, elemento que ha sido suprimido por voluntad de las partes al elegir esta forma de garantía para dar cobertura a la obligación subyacente.

En esta sentencia, el Alto Tribunal entra a valorar las especificidades de la obligación principal, la cual consistía en un contrato de préstamo de teléfonos móviles. Con base en que la prestación realizada no se adaptaba a las necesidades del contrato, la Sala considera que no procede la ejecución de la garantía, dado que el acreedor no ha cumplido con sus obligaciones en la relación de valuta⁵³.

Lo mismo sucede en la SAP Granada 27 febrero 2015 (Roj 101/2015)⁵⁴, en la que el Tribunal analiza detalladamente si por parte del deudor se ha realizado correctamente la prestación acordada, con carácter previo a pronunciarse acerca de si, con base en ello, procedo o no ejecutar la garantía:

«Y es que en efecto, en los dos certificados de final de obra de 27-4-09 y 11-12-09 (Fase I y II), se hace constar que las obras eran susceptibles de entregarse a su uso público pero los propios técnicos municipales expusieron que las obras de urbanización no se encontraban finalizadas y no contaban con la documentación administrativa pertinente para poder ser recepcionados completamente».

⁵² Para una mayor comprensión de las excepciones que sí puede oponer el garante, vid. ESPIGARES HUETE, José Carlos, «El Tribunal Supremo...», *op. cit.*, p 54.

⁵³ Tal línea había sido sostenida en fase de apelación, como se aprecia en la SAP Alicante 18 noviembre 2010 (Roj 3771/2010): En el caso examinado la sentencia recurrida declara probado, en virtud de diversos medios y elementos probatorios (características de las facturas objeto de la reclamación en contraste con las características de la obligación garantizada, consistente en el suministro de teléfonos móviles para una concreta operación publicitaria; prueba testifical del director de compras de la empresa suministradora; y circunstancias de ésta) que la obligación en relación con la cual pretende hacerse efectiva la garantía no se corresponde con el objeto de la misma y la reclamación ejercitada, en consecuencia, es abusiva o fraudulenta.

⁵⁴ *En el presente trabajo se han analizado las sentencias de las Audiencias Provinciales sobre la materia objeto de estudio de la última década, sin perjuicio del estudio de otras resoluciones anteriores que por su especial relevancia han sido destacadas por la doctrina científica.

En la sentencia de 2 de octubre de 1990, en la que las partes pactaron un aval a primer requerimiento, el Alto Tribunal interpreta que la referencia causal en la carta de garantía consistente en «responder de las obligaciones derivadas de un determinado contrato» implica que sea «indispensable examinar las obligaciones contraídas en ese contrato, y constatar el incumplimiento y las responsabilidades que de ellos se derivan». Y añade «[...] supuesto que no puede ser el de autos, por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones “Aval a primera demanda” o “Primer requerimiento”, pues los términos demanda y requerimiento hay que ponerlos necesariamente en relación con la frase anterior “obligaciones derivadas del contrato”, y solo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador [...]».

Nuevamente pone de manifiesto la Sala su confusión entre accesoriedad funcional y accesoriedad material. Incorrectamente vuelve a conectar la accesoriedad con la referencia en la garantía a la obligación garantizada. Como ya hemos indicado en este estudio, la alusión gramatical a la relación de valuta no puede considerarse expresión de la voluntad de las partes de constituir una obligación accesorial en la cual la ejecución de la garantía dependa del grado de cumplimiento de la obligación principal. Es cierto que la garantía autónoma mantiene una función de garantía o cobertura ante un incumplimiento del deudor principal, pero desconoce el Alto Tribunal en este caso, que las partes cuando acuerdan una garantía independiente renuncian a la constatación de ese incumplimiento y este pasa a presumirse producido por la mera reclamación del beneficiario.

La misma crítica cabe predicar respecto de la STS 17 julio 2014 (Roj: 3157/2014), en la que se manifiesta lo siguiente:

«En las garantías a primera demanda rige el principio genérico de toda obligación de garantía en virtud del cual sólo cabe actuar contra el garante cuando se ha producido el incumplimiento garantizado y en nuestro caso tal incumplimiento garantizado no se ha producido [...] Por muy amplio que sea el alcance de la autonomía de una garantía personal, ésta nunca puede verse privada de su carácter subsidiario, es decir, de la existencia de una obligación principal que asegurar y de la concurrencia ineludible de un previo incumplimiento de la obligación garantizada para poder actuar contra el garante».

Ante estos términos jurisprudenciales, cabe preguntarse si sirve de algo pactar una garantía a primer requerimiento. Si el incumplimiento de la relación de valuta debe ser constatado y quedar acreditado, ¿cuál es la función de una garantía independiente?

¿qué beneficio obtienen con ella los operadores jurídicos en comparación con una garantía accesorio?

Más acertada nos resulta, sin embargo, la SAP Valencia 3 noviembre 2010 (Roj: 5580/2010). En ella, el Tribunal al constatar que en el contrato de garantía pactado por las partes se requiere acreditar el incumplimiento del deudor principal para poder reclamar la ejecución de la garantía concluye que se trate de un elemento ajeno a la naturaleza de las garantías independientes:

«Aplicada tal doctrina al caso presente no puede concluirse que estamos en presencia de un aval o afianzamiento a primer requerimiento, independiente y completamente ajeno al contrato de compraventa ya que para la ejecución de la garantía o del aval es imprescindible que la obligación del avalado (promotora - vendedora) en el contrato principal de compraventa no se haya cumplido, requisito legal y contractual que aleja por completo la cualidad de ser una garantía a primer requerimiento».

Por su parte, en el asunto que resuelve la SAP Vizcaya 12 febrero 2016 (Roj: 321/2016), la apelante había alegado la improcedencia de ejecutar el aval debido a que el beneficiario no había especificado qué obligaciones había incumplido el deudor, ni había cuantificado los daños causados. En respuesta, el Tribunal sostiene, con acierto en nuestra opinión, que tales obligaciones no son exigibles, en primer lugar porque nada se pactó en tal sentido en la carta de garantía, y en segundo lugar porque son exigencias contrarias a la naturaleza del aval a primer requerimiento, contrato autónomo en el que basta con el simple requerimiento del beneficiario para ejecutar la garantía:

«De los términos concretos de este requerimiento se desprende que se alegaba que TEMOINSA no había cumplido con sus obligaciones contractuales hacia OSE, obligaciones surgidas de los contratos que ligaban a las partes y que estaban en vigor, y se les había causado daños, por lo que declaraba proceso de ejecución por importe de 360.607,26 euros de la anterior carta de garantía o aval a primer requerimiento litigioso, estimando la Sala que con este argumento se cumplen adecuada y sobradamente las exigencias del aval a primer requerimiento antes transcrito, pues colma suficientemente el contenido y límites de esa “simple manifestación por escrito de que la sociedad suministradora ha incumplido cualquiera de las obligaciones asumidas contractualmente y cualquier cantidad no superior a sesenta millones de pts.” habida cuenta de que, en contra de la tesis de la demandada, aceptada por la sentencia apelada, no se establece en la carta de garantía, ningún requisito formal para la exigibilidad de la garantía, consistente en especificar cuál era la obligación incumplida y la cuantía de los daños derivados de dicho incumplimiento, pues nada se dice al respecto en el aval a primer requerimiento litigioso,

debiendo recordarse a estos efectos que constituye doctrina reiterada y pacífica del Tribunal Supremo que el garante, en el supuesto de aval a primer requerimiento, no puede oponer al beneficiario que reclama otras excepciones distintas de las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario para entender que el obligado principal no ha cumplido (SSTS de 7 de febrero de 2000 , 26 de octubre de 2010 , 26 de febrero de 2013 , 17 de julio de 2014 , entre muchas otras).»

5. CONCLUSIONES

Por nuestra parte, consideramos que no toda garantía personal ha de ser subsumible en el régimen general de la fianza⁵⁵. Resulta claro que las garantías autónomas pertenecen al campo de las garantías personales, no obstante, en nuestra opinión, los elementos definitorios de aquellas son opuestos a los que presenta la fianza codicial. En este sentido, podemos apreciar la divergencia en torno a la accesoriedad: es elemento esencial en sentido positivo en la fianza y en sentido negativo en la garantía autónoma. La oponibilidad de excepciones es un rasgo indisponible a nuestro entender en la fianza, mientras que la inoponibilidad de excepciones supone un rasgo definitorio de la garantía independiente⁵⁶. Resulta por tanto un ejercicio bastante artificioso encajar estas figuras en el molde de la fianza⁵⁷. Ello no quiere decir que no puedan resultar aplicables ciertas normas generales⁵⁸ de la fianza analógicamente, si bien deberán respetar en todo caso la naturaleza y elementos definitorios de las garantías independientes.

Si no se observa esta precaución, y se aplican reglas de manera indistinta, se corre el riesgo de errar en la resolución del asunto por inobservancia de los caracteres

⁵⁵ En la misma línea, vid. MORO SERRANO, José Luis, en *Contratos bancarios y parabancarios*, Nieto Carol, Ubaldo (Coord.), LEX Nova, Valladolid, 1998.

⁵⁶ En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, Ángel, *Tratado...*, op. cit., pp. 457-505: «La regla de la inoponibilidad de excepciones constituye la piedra de toque de la afirmada autonomía de la obligación de aval, y lo que en último extremo singulariza la nueva regulación».

⁵⁷ Mantiene una posición contraria CARRASCO PERERA, Ángel, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Wolters Kluwer, 1991, ISBN 8476950926, pp. 193-194: El autor manifiesta que la garantía autónoma es una fianza con especialidades y no constituye, en consecuencia, un tipo contractual propio.

Puede apreciarse jurisprudencia que reconduce también otra figura de garantía personal como es la carta de patrocinio al régimen general de la fianza en BUSTO LAGO, José Manuel, «Carta de patrocinio otorgada por un alcalde para garantizar una póliza de crédito de una sociedad municipal: el incumplimiento de las normas administrativas para su otorgamiento no es oponible a la entidad acreedora», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2018), núm. 107, p. 4. En sentido similar se manifiesta ALONSO NÚÑEZ, Manuel José, «Concurso, fianza y solidaridad», *Cuadernos de Derecho y Comercio* (2015), núm. 63, p. 57.

⁵⁸ Muestra de ello es el límite del alcance obligacional del garante, que ha de coincidir con el límite de la obligación garantizada, según la SAP Madrid 9 julio 2015 (Roj 9576/2015).

esenciales de las garantías autónomas. Esto es lo que ocurre, como ya hemos denunciado, en la STS 17 julio 2014, donde ante una garantía a primer requerimiento se exige la constatación del incumplimiento previo del deudor principal (regla de la fianza codicial) para que proceda la ejecución de la garantía. En este supuesto la subsidiariedad atenta contra la independencia de la garantía y por lo tanto contra la propia naturaleza de la figura, por lo que no debió ser invocada. O al menos no debió ser invocada de esa forma; en opinión de MORALEJO MENÉNDEZ⁵⁹, la subsidiariedad está presente en toda garantía personal, ya que brota de la propia causa de la misma, en el sentido de necesitar una obligación antecedente, si bien manifiesta que queda a disposición de las partes el modo de acreditar el incumplimiento de la obligación principal. Desde esta perspectiva, lo que no respeta la resolución del Alto Tribunal en la sentencia referenciada, es la voluntad de las partes acerca de considerar producido el incumplimiento por el mero requerimiento del beneficiario.

Como veníamos anunciando, las partes que intervienen habitualmente en un contrato de garantía independiente difieren notablemente de aquellas que conforman la fianza tradicional. Como también apuntábamos, ello justifica (y requiere) un diferente tratamiento por parte del Derecho. Ya no se necesita una regulación rigurosa respecto de la protección del fiador, porque este es ahora una entidad de crédito que desarrolla la prestación en el marco de su actividad profesional, cobrando por ello una serie de comisiones al ordenante, y contando con asesoramiento especializado. En opinión de CARRASCO PERERA⁶⁰, la posición débil en las garantías autónomas la ocupa el ordenante, por verse sometido a las condiciones del banco, al pago de las comisiones, y a la habitual exigencia de tener que aportar contragarantías para que la entidad crediticia le apruebe la operación.

La protección del garante en sede de fianza ha tenido un especial desarrollo en el Derecho alemán, impulsado por la doctrina del Tribunal Constitucional. GÓMEZ BLANES⁶¹, nos ilustra acerca de la posibilidad de que los tribunales alemanes declaren la nulidad del contrato de fianza, cuando concurren elementos de especial entidad que generen un desequilibrio estructural en el contrato. Con base en ello, el juzgador puede considerar inmorale el contrato, por atentar contra las buenas costumbres o la buena fe, situación que normalmente se manifiesta por aprovechar una circunstancia de especial necesidad del deudor, o por ser la persona fiadora una persona sin recursos vinculada

⁵⁹ MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, «Accesoriedad...», *op. cit.*, p 11.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, Ángel, *Tratado...*, *op. cit.*, p 98.

⁶¹ GÓMEZ BLANES, Pablo, «La protección del fiador en el Derecho alemán. A propósito de la sentencia del TC alemán de 19-10-1993», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* (1991), nº 683, pp. 1341-1343.

al deudor. El Tribunal Constitucional considera que estos casos pueden atentar contra el libre desarrollo de la personalidad.

Como puede apreciarse, y partiendo de la base del ámbito internacional como escenario donde nacen y se aplican habitualmente las garantías autónomas, este tipo de desarrollos doctrinales como el que acabamos de exponer, que encuentran su justificación en la concepción del fiador como persona física especialmente vinculada al deudor principal y necesitada de protección, se aleja notablemente -y supone un obstáculo- respecto de los intereses de los comerciantes en el tráfico internacional.

En suma, consideramos que la configuración jurisprudencial de las garantías autónomas adolece de notables defectos y que no es adecuada para generar la seguridad jurídica deseada. La imprecisión y ausencia de adecuada determinación acerca de cuáles son los elementos esenciales en esta modalidad de garantía y de qué efectos concretos despliegan aquellos se traduce en la existencia -como hemos puesto de relieve- de sentencias con argumentos contradictorios e interpretaciones dispares respecto de las estipulaciones de las garantías independientes.

En este punto podemos decir que la crítica que vierte la doctrina científica está justificada. La problemática de la calificación jurídica y la distinción de las garantías autónomas respecto de otras figuras afines -como la fianza o el seguro de caución- no está actualmente resuelta. Es una circunstancia grave, toda vez que resulta difícil la tarea de los operadores jurídicos a la hora de interpretar la doctrina existente y con base en ello redactar el contenido contractual de la garantía autónoma en función de los intereses perseguidos en cada caso. La realidad es que en caso de controversia por no producirse el pago automático del garante el operador no tendrá un horizonte claro de en qué sentido se pronunciará el tribunal, dada la disparidad de criterios existentes en la jurisprudencia mayor.

Unido a ello, se aprecia que las argumentaciones del Alto Tribunal no van en la línea del espíritu de las garantías autónomas. Se detecta un error de base, que contamina posteriormente todo el desarrollo. Consideramos que resulta necesaria una mayor reflexión sobre cual es la finalidad que persiguen las partes que pactan una garantía de esta modalidad, y posteriormente analizar si el Derecho está protegiendo esa finalidad deseada.

Tras el examen que hemos realizado nuestra conclusión es clara: la actual doctrina jurisprudencial no es fiel a la naturaleza de las garantías autónomas, no respeta la

finalidad pretendida por las partes y no es apta para garantizar la seguridad jurídica en el mercado.

Como último apunte, estimamos conveniente que se desarrolle una distinción expresa de la garantía autónoma respecto de la fianza, por tener cada una de ellas elementos esenciales enfrentados. La larga tradición histórica de la fianza -que ahora parece tambalearse- como garantía personal hegemónica tiene un peso relevante -siquiera en el subconsciente del juzgador- a la hora de definir el régimen jurídico de las garantías independientes. Al juzgador le cuesta pasar de un régimen accesorio y tuitivo del garante a un régimen autónomo de pago automático, y quizás por ello articula una configuración jurídica tibia, a camino entre una y otra, reconociendo la independencia pero permitiendo la accesoriedad de manera subrepticia.

Entendemos que la tesis que hace hueco a la garantía autónoma en la sede de la fianza, y define a la primera como fianza con especialidades, constituye un lastre a la definitiva construcción de la garantía autónoma como modalidad de garantía personal con configuración jurídica propia y fiel a su específica naturaleza. Las construcciones híbridas (inversión de la carga de la prueba) dan como resultado un producto inservible, que no es completamente independiente ni completamente accesorio, y ciertamente generan un gran desconcierto a la hora de descifrar su utilidad práctica.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO NÚÑEZ, Manuel José, "Concurso, fianza y solidaridad», *Cuadernos de Derecho y Comercio* (2015), num. 63.

BUSTO LAGO, José Manuel, «Accesoriedad de aval a primer requerimiento vinculado al contrato subyacente», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2019), nº 111.

- «Carta de patrocinio otorgada por un alcalde para garantizar una póliza de crédito de una sociedad municipal: el incumplimiento de las normas administrativas para su otorgamiento no es oponible a la entidad acreedora», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2018), num. 107.

CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento», *Actualidad jurídica Aranzadi* (2010), nº 793.

- *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Wolters Kluwer, 1991.

CASTILLA BAREA, Margarita, «De la extinción de la fianza» en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, en *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996.

ESPIGARES HUETE, José Carlos, «El Tribunal Supremo vuelve innecesariamente a la doctrina sobre irrelevancia de la cláusula de pago a primer requerimiento. STS 217/2019, Sala de lo civil, de 5 de abril de 2019», *Revista Lex Mercatoria* (2019), Vol 11, artículo 5.

ARCIA MEDINA, José, «El aval a primera demanda o aval a primer requerimiento», *Boletín Aranzadi civil-mercantil* (2003), nº 46.

GOMEZ BLANES, Pablo, *El principio de accesoriadad de la fianza*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

- «La accesoriadad de la fianza», *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) Nº 118, 15-59, enero-junio de 2009.

- «La protección del fiador en el Derecho alemán. A propósito de la sentencia del TC alemán de 19-10-1993», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* (1991), nº 683.

INFANTE RUIZ, Francisco José:

- «Valor de la cláusula de pago a primer requerimiento o a primera demanda (Comentario ala STS 3 mayo 1999)», *Revista de Derecho Patrimonial* (200), nº 4.

- *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- «Comentario a la sentencia de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7298)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2011), núm. 87.

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, «Accesoriadad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento», *Revista de Derecho mercantil* (2001), nº 240.

MORO SERRANO, José Luis, en *Contratos bancarios y parabancarios*, Nieto Carol, Ubaldo (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 1998.

PÉREZ MILLÁN, David, «Garantías personales. Avals bancarios», *VLEX-39087309*. Disponible en: <http://vlex.com/vid/garantias-personales-avales-bancarios-39087309>

REDONDO TRIGO, Francisco, «La naturaleza autónoma del aval en las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa inmobiliaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 754.

SACRISTÁN BERGIA, Fernando, «Las garantías autónomas a primera demanda», *VLEX-39087314* (2009), p. 5. Disponible en: <http://vlex.com/vid/garantias-autonomas-primera-demanda-39087314>.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, «Las garantías independientes en el Derecho español y su aceptación por la jurisprudencia», *Estudios de Deusto: Revista de la universidad de Deusto* (2001), Vol. 49, nº 2.

Fecha de recepción: 18.04.2021

Fecha de aceptación: 15.09.2021