

LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO¹

The jurisprudential view on the guarantee on first demand

CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ

clara.asua@ehu.eus

Catedrática de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar / Citation

Asúa González, C. I. (2023).

La visión jurisprudencial de la garantía a primer requerimiento

Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 10-44

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.49>

(Recepción: 14/11/2023; aceptación tras revisión: 28/12/2023; publicación: 31/12/2023)

Resumen

En el trabajo se realiza un análisis de la jurisprudencia relativa a la garantía a primer requerimiento (el comúnmente denominado aval a primer requerimiento). Los aspectos en los que se incide son los habituales en el estudio de la garantía autónoma: su naturaleza, las excepciones oponibles por parte del garante y las posibilidades de reembolso, especialmente cuando el acreedor beneficiario ejecutó la garantía injustificadamente.

Palabras clave

Garantía a primer requerimiento; excepciones; *exceptio doli*; reembolso; subrogación.

Abstract

This paper analyses the jurisprudence regarding the guarantee on first demand. The issues addressed in this work are the common ones in the study of the autonomous guarantee: its nature, the defences that can be raised by the guarantor, and the possibilities of reimbursement, especially when the creditor-beneficiary enforced the guarantee unjustifiably.

Keywords

Guarantee on first demand; defences; fraud exception; reimbursement; subrogation.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ACEPTACIÓN DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA Y SU UBICACIÓN EN LA ATIPICIDAD. III. ¿CUÁNDO SE TRATA DE UNA GARANTÍA

¹ Esta publicación se enmarca en el Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 *Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscurios sustantivos y concursales* financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033, y en el Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) *Persona, familia y patrimonio*, de los que es IP el Profesor G. Galicia Aizpurúa.

A PRIMER REQUERIMIENTO? IV. LAS EXCEPCIONES. IV.1. El punto de partida: extremos oponibles e inoponibles. IV.2. La *exceptio doli*. Legitimación para esgrimir el abuso (referencia a las medidas cautelares). IV.3. Excepciones relativas a la garantía misma. V. REGRESO Y SUBROGACIÓN. VI. LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR CONTRA EL BENEFICIARIO QUE HA COBRADO INDEBIDAMENTE. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

I.- Entre nosotros, garantía a primer requerimiento (o a primera demanda) es sinónimo de garantía autónoma o independiente (estos términos también se usan indistintamente). Garantía autónoma en el sentido de que, frente a la reclamación del beneficiario, el garante no puede alegar circunstancias relativas a la relación que liga al deudor garantizado con el beneficiario (relación de valuta o relación subyacente); no puede oponer, por tanto, extremos atinentes a la eficacia de esa relación o al cumplimiento de la obligación, pero tampoco circunstancias que afectan a la propia garantía por consideración a la relación garantizada. De ahí que sea una constante en nuestra jurisprudencia señalar que las únicas excepciones que pueden oponerse son las relativas a la *garantía misma*.

Sin embargo, el rasgo más definitorio de una garantía autónoma, la imposibilidad de invocar razones de oposición correspondientes a la relación de la valuta, no tiene un valor absoluto. La razón reside en que la construcción de la garantía no accesoria siempre ha venido acompañada de la idea de que, en algunos casos (se alude al dolo, al fraude y al abuso de derecho), no debería ampararse la reclamación del beneficiario y estaría justificada la oposición a la misma. Es lo que se viene conociendo como *exceptio doli*, y su admisión supone que, finalmente, circunstancias relativas a la obligación garantizada puedan ser opuestas.

Se trata de garantías² prestadas por entidades bancarias o por aseguradoras (la cláusula a primer requerimiento o similar se puede enmarcar en un seguro de caución), garantizando a empresarios³ frente a otros empresarios. Desarrolladas en el comercio

² Puede verse una valoración general sobre los intereses de los implicados en: Carrasco Perera (1992: 9 ss.); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 505); Infante Ruiz (2004:496 ss.); Espigares Huete (2006: 113 y ss.); Bustillo Saiz (2014: 29 y ss.).

³ Sobre la inadmisibilidad de la garantía autónoma prestada por consumidores o para garantizar deudas de consumidores: Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 513); Busto Lago (2013: 4756 y 4757).

internacional⁴, se han asentado también en el ámbito interno⁵, y es precisamente la visión jurisprudencial al hilo de los conflictos que se plantean en tal ámbito lo que constituye el objeto fundamental de este trabajo. Se trata de supuestos de estructura más simple por lo que hace a los sujetos concernidos, porque en una garantía internacional de ordinario el banco pagador es un delegado de aquel a quien el ordenante ha mandatado la emisión de la garantía⁶; sin embargo, en las garantías internas el beneficiario se dirige contra el garante mandatado por el ordenante. En ambos casos lo habitual es que el ordenante sea el deudor garantizado, de modo que ambas denominaciones se usarán indistintamente.

Lo propio de estas garantías es que se fije su periodo de vigencia, la cantidad que puede cobrar el beneficiario (o un máximo dentro de cuyos márgenes pueda reclamarse) y los requisitos que deban acompañar a la reclamación (afirmación de incumplimiento, reclamación al deudor garantizado, requerimiento resolutorio, previa excusión de otras garantías, informes de terceros afirmando el incumplimiento, etc.). Lo determinante de la garantía autónoma es que, a salvo la *exceptio doli*, no proceden alegaciones sobre la *verdad de fondo* de extremos relativos a la relación de valuta.

II.- Como se suele poner de manifiesto⁷, en las garantías a primer requerimiento el incumplimiento puede jugar distintos papeles. Las llamadas de *tipo caucional* se establecen en previsión de un incumplimiento, pero ese incumplimiento no forma parte del supuesto de hecho de la garantía. Vienen a sustituir a un depósito caucional y se trata de que el acreedor esté en mejor posición para el caso de que se produzca un incumplimiento; de ahí que para exigir las no haya de afirmarse el incumplimiento. En la garantía de cumplimiento propiamente dicha, el incumplimiento sí forma parte del supuesto de hecho de la misma; por eso el acreedor que la ejecuta lo hace afirmando que

⁴ Las Reglas Uniformes de las Garantías a Demanda (RGUD 758, de 2009, que sustituyen a las RUGD 458, de 1991) ofrecen un modelo para las partes que se sometan a las mismas. La Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes de 1995 regirá, en su ámbito de aplicación, en defecto de pacto. Al respecto: Díaz Moreno (1993: 151 ss.; 1996: 1113 ss.; 2005: 103 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 337 ss.); Busto Lago (2006: 58 ss.); Espigares Huete (2006: 184 ss.); Bustillo Saiz (2014: 48 ss.); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 480 ss.).

⁵ Se refieren al aval solidario y pagadero a primer requerimiento los arts. 64.2, 449.5, 529.3 (al que se remiten los arts. 700, 728 y 747) LEC. El art. 19.3.b) LOE señala que en la garantía mediante seguro de caución el asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento. En los arts. 24 y 29 del Reglamento de la Caja General de Depósitos (RD 937/2020) se sienta que las garantías mediante aval y seguro de caución serán a primer requerimiento.

⁶ Sobre su funcionamiento: Sánchez-Calero Guilarte (1995: 231 ss.) Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 477); San Juan Crucelaegui (2004: 238 y 239); Busto Lago (2013: 4800); Espigares Huete (2006: 201 y 202).

⁷ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 494, 504 y 504); Espigares Huete (2006: 90 ss.).

se ha producido el incumplimiento (otra cosa es que, a salvo la *exceptio doli*, ello no se pueda contestar por el garante). Las consideraciones que se realizan en este estudio se refieren a la garantía de cumplimiento propiamente dicha, la que persigue poner a cubierto al acreedor de las consecuencias del incumplimiento y que, cumplida por parte del garante, libera al deudor. Es a la que se refieren casi todas las resoluciones judiciales. Ello no obsta para que buena parte de lo que aquí se diga sirva también cuando se trate de una garantía de tipo caucional, pero no haremos matizaciones al respecto⁸.

III.- A la hora del establecimiento de la garantía se han podido utilizar los términos *fianza*, *aval*, *garantía*, varios de ellos o incluso ninguno. El que mayoritariamente se considere que se trata de un contrato atípico⁹ (pues se asume que la superación de la accesoriedad le aleja irremediabilmente de la fianza) determina que tienda a hablarse de aval a primer requerimiento. Otra buena muestra de la generalización del término aval. Nosotros no haremos cuestión de la terminología, si bien a menudo se utilizará el genérico: garantía. Aunque en la redacción de los términos de la garantía se ha ido progresivamente evitando el término fianza, como luego razonaremos no habría especial inconveniente en que se nomine así. En todo caso procede ya avisar de que, si aquí se habla de *garantía* a primer requerimiento, no se está haciendo referencia (ni, en mi opinión, debe pensarse en hacerlo) a una figura con un régimen distinto (y que suponga la aceptación de los rasgos de la construcción alemana, y con recepción en Italia, del contrato de garantía) de lo que sería una fianza no accesoría (entendiendo por tal aquella

⁸ Algunas pueden verse respecto de la *exceptio doli* en Espigares Huete (2006: 259 ss.).

⁹ Atipicidad que no es claro que pueda predicarse del seguro de caución cuando se incluye la fórmula a primer requerimiento (o similar). En la STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) se habla de una operación compleja, admisible con fundamento en el art. 1255 CC, pero llamativo es que todo el empeño se centrara en señalar las diferencias con la fianza. En las SSTS de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2314) y de 5 de julio de 2000 (RJ 2000/6010) se afirma que se trata de una figura distinta de la fianza o del seguro de caución. En la STS de 17 de abril de 1992 (RJ 1992/3031), en un caso en el que en la póliza se señalaba que se entendería producido el siniestro cuando el asegurado requiriera a la Compañía el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, se afirma que el seguro es un seguro de caución. En la STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438) se considera que «La inserción de una cláusula de aval a primera demanda, a modo de complemento de la póliza suscrita, no desnaturaliza el contrato de seguro de caución transformándolo en un contrato autónomo de garantía...» (FD Tercero). En la STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5159) se dice «...que lo pactado fue una especie de seguro de caución con la inserción de una cláusula de “garantía a primer requerimiento”» (FD Séptimo). En la STS de 29 de abril de 2002 (RJ 2002/5109), no se cuestiona la compatibilidad del seguro de caución con la fórmula de pago de las indemnizaciones a requerimiento del asegurado, sin necesidad de conformidad del tomador y sin detenerse a considerar si dicho requerimiento pudiera ser injustificado; si bien se señala: «Aunque la naturaleza jurídica de las operaciones del tipo de la de autos sea discutida y las denominaciones que se les atribuyen sean diversas, los avales a primer requerimiento están plenamente admitidos, por constituir garantías de carácter personal atípicas que se establecen al amparo del principio de autonomía de la voluntad, cuya vigencia en el ámbito de la contratación reconoce el artículo 1255 del CC» (FD Quinto).

en la que, ante la reclamación del acreedor beneficiario, el garante no pueda alegar circunstancias relativas a la relación subyacente: arts. 1824, 1847, 1853 CC). Sin embargo, la acogida de los rasgos de la garantía a primer requerimiento al modo alemán (con los rasgos del *Garantievertrag*¹⁰) ha sido generalizada en la doctrina española; la diferencia ha radicado en si ese era el único modelo para una garantía autónoma¹¹, o si, además, cabría una fianza no accesoria¹². Luego nos referiremos a la diferencia de efectos entre ambas figuras.

Por lo demás, el asiento en la atipicidad, no exime de la necesidad de plantearse la aplicabilidad de reglas relativas a la garantía de cumplimiento que el legislador ha plasmado en sede de fianza y que son ajenas a la accesoriidad.

IV.- Hemos apuntado ya algunas de las cuestiones relevantes en lo que hace al régimen material de una garantía de cumplimiento a primer requerimiento: el juego de la *exceptio doli* y de las excepciones relativas a la garantía misma. El panorama de ese régimen material se completaría con el análisis de las excepciones propias del garante en su relación con el beneficiario, y, sobre todo, con lo relativo al reembolso por parte del garante que ha satisfecho el importe de la garantía: regreso y subrogación frente al deudor garantizado y eventual repetición frente al beneficiario. Como se verá, si la jurisprudencia no es demasiado prolífica en lo que hace a los tres primeros extremos, menos aún lo es por lo que respecta al reembolso.

Fuera ya de lo que constituye el régimen material de la figura, el estudio jurisprudencial resulta interesante para determinar cuándo se viene entendiendo que estamos ante una garantía autónoma o independiente. El análisis de las fórmulas utilizadas y la interpretación al respecto permite evaluar el grado de *naturalidad* y *neutralidad* en la aceptación de la figura. Podemos adelantar ya la impresión de que, en general, no ha habido una interpretación reticente o tendente, por principio o prejuicio, a requerir determinadas fórmulas para ubicar la garantía en el plano autónomo y sustraerla de una eventual accesoriidad *preferente*. Aunque ciertamente ese prejuicio sí ha existido (y no

¹⁰ Sobre la figura, *vid.* CARRASCO PERERA (1992: 24 ss.); ALBIEZ DOHRMANN (1996: 1802 ss.); INFANTE RUIZ (2004: 427 ss.). Para un panorama detallado sobre la doctrina y jurisprudencia alemanas: STÜRNER (2020: Rn 202-395) y HABERSACK (2020.a: Rn 18-46).

¹¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (1995: 106 y 107); ALBIEZ DOHRMANN (1996: 1834-1836); SAN JUAN CRUCELAEGUI (2004: 225 y 226).

¹² DÍAZ MORENO (1993: 158 y 159); CAMACHO DE LOS RÍOS (1994: 397); NÚÑEZ ZORRILLA (2001: 39 ss. y 306); INFANTE RUIZ (2004: 575 y 576); ESPIGARES HUETE (2006: 73 ss. y 137 ss.; 2021: 164); BUSTO LAGO (2006: 139 ss.; 2013: 4747).

se puede calibrar si ello ha tenido influencia en la flexibilidad al interpretar el tenor de las garantías) al configurar el propio régimen *autónomo*, pues durante mucho tiempo se afirmó que el aval a primer requerimiento solo implicaba un traslado de la carga probatoria, del beneficiario al garante, sobre los extremos relativos a la relación subyacente. En todo caso, y más allá de los términos usados, el asunto de la delimitación de cuándo estamos ante una garantía autónoma ha vuelto a cobrar singular importancia al hilo de la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281), que sorprendentemente ha considerado que la mención del contrato y su incorporación al pactar la garantía conducía inexorablemente a la accesoriedad. Se entiende así que una garantía, para ser autónoma o no accesoria, debe abstraerse formalmente de la obligación garantizada. No debe hacerlo. No en el sentido al que se refiere el Alto Tribunal. Sería algo francamente *ortopédico* y, a la postre, un contrasentido, pues la garantía de la que hablamos lo es frente al incumplimiento de una concreta obligación; y una cosa es que el acreedor, cumpliendo los requisitos y formalidades que se hayan establecido, pueda dirigirse contra el garante sin que quepa (a salvo la *exceptio doli*) oponerle extremos relativos a la relación de valuta, y otra que esos extremos sean irrelevantes en la composición final de intereses.

II. LA ACEPTACIÓN DE LA GARANTÍA AUTÓNOMA Y SU UBICACIÓN EN LA ATIPICIDAD

I.- En todos los sistemas considerados causalistas se ha razonado sobre si la falta de accesoriedad atentaba contra una *exigencia causal*¹³. Pero al margen de ese debate¹⁴ la oposición frente a una garantía no accesoria también se vinculó al carácter imperativo *general* de la accesoriedad. Esto es lo que alienta los pronunciamientos de las SSTS de 2

¹³ Con independencia de la concepción asumida en torno a la causa, resulta pacífico en la doctrina que la accesoriedad es ajena a las exigencias causales del sistema (a los intereses que se sustancian en la confusa regulación de los arts. 1274-1277 CC): Carrasco Perera (1992: 177 ss.); Infante Ruiz (2004: 509 ss.); Sánchez-Calero Guilarte (1995: 135 y 296 ss.); NÚÑEZ ZORRILLA (2001: 123 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 166 ss.); Busto Lago (2006: 64 ss.); Espigares Huete (2006: 151 ss.); Bustillo Saiz (2014: 204 ss.); Marimón Durá (2021: 224 ss.). La jurisprudencia relativa a las garantías autónomas en general se ha mantenido al margen de las cuestiones causales. En alguna decisión, sin embargo, se hace mención al tema en un sentido más restrictivo. Así en la STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279), tras señalarse que la imposibilidad sobrevenida no afectaría a la validez de la relación garantizada, se dice (dando la impresión de que ejecutar la garantía en caso de nulidad de la relación subyacente contravendría el art. 1275 CC): «Precisamente, la existencia y validez de la obligación justifica la causa de la garantía establecida, de forma que tampoco puede sustentarse el carácter propiamente abstracto del aval a primer requerimiento en contra de lo dispuesto por el citado precepto».

¹⁴ Aunque, en la lógica de la causa del negocio, la vulneración de una norma imperativa (si lo fuera la exigencia de accesoriedad en una garantía de cumplimiento) también se ha reconducido a la causa ilícita: De Castro y Bravo (1971: 245).

de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) y de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/ 2693) rechazando la falta de accesoriedad¹⁵, aunque lo cierto es que, sin negar la existencia de un prejuicio teórico, en ambos supuestos se daban circunstancias bien para descartar la autonomía¹⁶ o bien para hacerla *de facto* de difícil operatividad¹⁷. En todo caso, la consideración de la accesoriedad de la fianza como impeditiva del establecimiento de una garantía autónoma no carecía de coherencia, porque, como se ha hecho notar¹⁸, llama la atención el empeño en estimar imperativa la accesoriedad en la figura típica para después aceptar con naturalidad la ausencia de la misma configurando una garantía no accesoria al amparo de la autonomía de la voluntad (y a la que tendencialmente se aplicarían aquellos preceptos del régimen de la fianza que no tuvieran que ver con la accesoriedad).

Sin embargo, la línea de *oposición* más duradera, y sin duda la más incongruente, ha sido la que, haciendo ya protestas de admisión del aval a primera demanda y hablando de autonomía e independencia, terminaba por señalar (invocando, bien conjuntamente o bien una u otra, la buena fe y la interdicción del enriquecimiento injustificado) que la figura se sustanciaba, sin más matices, en una simple inversión de la carga de la prueba. Ello significaba que la garantía seguía siendo plenamente accesoria y que el único plus en favor del beneficiario era que la duda respecto de si se había producido incumplimiento

¹⁵ En la STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) se señala (FD Tercero): «Conviene recordar que el contrato de fianza es definido por el C. Civil, como aquél por virtud del cual “se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste», aclarándose seguidamente que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reduciría su obligación a los límites de la del deudor” (arts. 1822 y 1826).// La pretendida interpretación que el recurrente hace en el desarrollo del motivo, no sólo violenta los preceptos legales que acabamos de citar, sino que incluso desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un simple reconocimiento de deuda, al pretender que el avalista venga obligado a pagar siempre y en todo caso, cualquiera que fuesen las obligaciones afianzadas; 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 sólo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador, según entiende la mayoría de las doctrinas». Y en la STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2693): «...si conforme previene el párrafo primero del art. 1822 del Código Civil, por la fianza “se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”, necesariamente se requiere para efectividad, que venga reconocido el incumplimiento, generante de responsabilidad, que el aval garantizaba, en ortodoxa aplicación del esencial principio de derecho de que no producido el antecedente, no puede darse el consiguiente, ya que faltando la causa no puede darse el efecto...//y más si se considera que, cual reconoce el párrafo primero del art. 1827 del Código Civil, la fianza “no puede extenderse a más de lo contenido en ella”, debiendo atenderse... a lo convenido por las partes o a lo manifestado por el fiador en cuanto al significado del negocio accesorio “*per relationem*” con la obligación principal...» (FD Cuarto).

¹⁶ En la STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) se garantizaba un incumplimiento imputable al deudor.

¹⁷ En la STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2693) se había demandado conjuntamente al deudor garantizado y al garante con fundamento en el art. 1124 CC; de manera que, abierta la prueba respecto de dicho incumplimiento, resultaba muy difícil condenar al garante a primer requerimiento si se absolvía al garantizado. Lo hizo la Audiencia Provincial pero no el TS.

¹⁸ Carrasco Perera (1992: 195 y 241); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 512).

(o respecto de otras circunstancias relativas a la relación de valuta que en el régimen de la fianza podían ser opuestas por el garante) no le perjudicaba a tal beneficiario (así sería según las reglas generales sobre carga de la prueba) sino al garante reclamado. Sin embargo, las posibilidades de oposición por parte del garante parecían estar totalmente abiertas y sometidas a prueba sin restricción.

En la STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) se reconocía por primera vez¹⁹ una garantía²⁰ no accesoria, apuntándose que constituía un tipo distinto de la fianza, admisible con fundamento en el art. 1255 CC, y que la obligación de la aseguradora (se trataba de un seguro de caución)²¹ era de «carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial» (FD Segundo). Pero después, a partir de la STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584), la referencia a la inversión de la carga de la prueba, acompañada, como en esta decisión²², de rotundas afirmaciones de autonomía e independencia del aval a primer requerimiento, fue una constante durante años²³ (a menudo por mero *acarreo* y en ocasiones contraviniendo en el fallo la lógica de la propia *doctrina*²⁴).

¹⁹ Se había mencionado en la STS de 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4209). Un análisis de la evolución jurisprudencial puede verse en Espigares Huete (2015: 469 ss.; 2021: 144 ss.).

²⁰ La garantía tenía perfiles de tipo caucional, pues el tomador del seguro (el suministrador constructor de una planta generadora de vapor) lo concierta para evitar la retención del 10% de las certificaciones de obra y poder así disponer del importe íntegro desde la entrega provisional.

²¹ La aseguradora se comprometía a pagar al beneficiario «de inmediato y contra la presentación de una simple petición por escrito cualquier cantidad solicitada hasta el importe total de la presente garantía sin restricción de ningún tipo». Cuando el beneficiario reclamó el pago a la aseguradora, esta se opuso aduciendo que debía acreditarse el incumplimiento del tomador, pero tanto en primera como en segunda instancia se estimó la pretensión del beneficiario, criterio que resulta confirmado en casación.

²² A la misma se remonta parte del aparato doctrinal de la garantía a primer requerimiento. En la sentencia se continúa, con mayor desarrollo argumental, en la línea de la atipicidad avanzada por la STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) e igualmente se afirma la autonomía e independencia de la obligación del garante; pero de ello se deriva, y aquí está la real novedad, que «...el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago 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». Lo malo es que a continuación se añade: «si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al 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...» (FD Segundo).

²³ SSTs de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083), de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2010/271), de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860), de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553), de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408), de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/8225), de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5119), de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438), de 5 de julio de 2000 (RJ 2000/6010), de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2314), de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162). Sobre esta línea jurisprudencial, Espigares Huete (2021: 157 ss.).

²⁴ En la STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162) [sobre la misma, Espigares Huete (2015: 469 ss.; 2021: 144 ss.)] se señala que no procede analizar la excepción de pago (con fundamento en el art. 1849 CC) o la de extinción de la garantía por prórroga (art. 1851 CC). En la STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ

Afortunadamente ya ha dejado de hablarse de inversión de la carga de la prueba²⁵. Puede decirse, por tanto, que en la configuración conceptual del aval a primera demanda ya se asume realmente la autonomía. En ocasiones se sigue diciendo que «no es preciso demostrar el incumplimiento»²⁶. Esto efectivamente es así y es habitual consignarlo en las caracterizaciones generales de la figura; pero recuérdese que semejante afirmación no es por sí misma una expresión de autonomía, pues todavía sería compatible con un régimen accesorio con inversión de la carga de la prueba y en el que, por tanto, no procedería la reclamación si, por ejemplo, se acreditara el cumplimiento o que el incumplimiento no le era imputable al deudor. Sin embargo, en un aval a primer requerimiento ante la reclamación del beneficiario no cabe discutir sobre estos extremos y la práctica de prueba al respecto debe rechazarse (art. 283.1 LEC).

II.- Ya hemos avanzado que mayoritariamente se entiende que estamos ante un contrato atípico²⁷ y no ante una fianza no accesorio. La accesoriedad se viene a considerar característica esencial de la fianza (imperativa, según la dicción habitual). Desde las SSTS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878) y STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584) la jurisprudencia es reflejo de esta opinión²⁸ y son muy pocas las decisiones del Tribunal Supremo en las que se apunta otro parecer²⁹.

2000/10438), en un supuesto en el que se garantizaba la comparecencia al otorgamiento de una escritura de compraventa tras la firma de un calificado como precontrato, se limitan las circunstancias sobre las que cabría prueba: podría probarse la comparecencia, pero no las razones por las cuales no se compareció. En la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083) -comentario de Espigares Huete (2015: 459 ss.)-, se afirma que una «...confrontación surgida en relación con el contrato principal no puede dar lugar a la ineficacia de la garantía, de tal forma que se convierta ésta en accesorio, desnaturalizándose su verdadera función y quedando eliminada su especialidad.» (FD Tercero).

²⁵ SSTS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281), de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651), de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279), de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640), de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436), de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425). Las primeras en las que no se menciona la inversión de la carga de la prueba fueron las SSTS de 9 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10177) y, sobre todo (en cuanto que contiene un aparato doctrinal más extenso), la de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087) –comentario de Infante Ruiz (2008: 421 ss.)-.

²⁶ SSTS 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818) –FD Cuarto-, de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281) –FD Segundo-, de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279) –FD Tercero-.

²⁷ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 134, 145 y 286); Núñez Zorrilla (2001: 20 ss.); Infante Ruiz (2004: 445); Espigares Huete (2006: 175 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 220 ss.); Marimón Durá (2021:221).

²⁸ Por ejemplo, SSTS de 17 de julio de 2014 (RJ 4083), de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2153), de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009/5711), de 1 de octubre de 2007 /RJ 2007/8087) y de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860).

²⁹ La STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436) califica el aval a primer requerimiento como «una fianza con determinadas especialidades» (FD 7); y la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553) señala que propia especialidad de la figura no la «...desnaturaliza y desgaja por completo del contrato de fianza presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideusorio...» (FD Primero).

En perspectiva de sistema, y esta idea ya se ha apuntado líneas arriba, no deja de resultar llamativa la persistencia en afirmar la accesoriedad como imperativo de la fianza y la naturalidad en la aceptación de su ausencia en un modelo atípico en el marco de la autonomía de la voluntad. Sin duda es la consecuencia de que en el asentamiento de las garantías autónomas resultó más fácil circunscribir el imperativo de accesoriedad a la fianza y aceptar una figura atípica que afirmar que podía existir una fianza no accesoría. No discutir, por tanto, el modelo establecido sino generar otro. Pero resulta paradójico que en Alemania, donde se construyó el contrato de garantía independiente o *abstracta*, la jurisprudencia haya terminado por aceptar que puede haber una fianza a primer requerimiento³⁰. Ciertamente se sigue hablando de accesoriedad³¹, pero ello se hace en el sentido de que finalmente (tras el pago) el beneficiario que según la relación garantizada no tenía derecho a ver satisfecho su interés no sería inmune a la reclamación de repetición del garante. Fianza a primer requerimiento y garantía a primer requerimiento no ofrecen pues diferencia en lo que en gran medida define a una garantía autónoma: la inoponibilidad de excepciones derivadas de la relación subyacente cuando el beneficiario reclama al garante³². La diferencia de efectos, y luego lo veremos con más detenimiento, radicaría en las posibilidades y mecanismos de reintegro tras el pago.

De lo que se está hablando, por tanto, es de si la falta de accesoriedad es provisional (se denomina concepción procesal: *solve et repete*) o definitiva (concepción material)³³. Nuestra doctrina se ha abonado mayoritariamente a la perspectiva de la falta

³⁰ *Vid.* Albiez Dohrmann (1996: 1836 ss.) e Infante Ruiz (2004: 568 ss.). Más referencias jurisprudenciales en Habersack (2020.b: Rn 106) y Stürmer (2020: Rn 24).

³¹ Habersack (2020.b: Rn 106).

³² Habersack (2020.b: Rn 110 y 111); Stürmer (2020: Rn 32).

³³ Aunque sin trascendencia para el fondo del asunto, parece asumirse la distinción (en ella había incidido la sentencia de apelación) en la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553) –comentada por Adame Martínez (2005: 627 ss.)–: «En el primer supuesto concurre la nota de accesoriedad como esencial, no tratándose de simple renuncia provisional a la oponibilidad de excepciones por el garante, el que podrá exigir posteriormente del beneficiario la restitución de lo que hubiera pagado como deuda indebida (“solve et repete”). En cambio, en la garantía a primer requerimiento la accesoriedad no concurre como determinativa y de este modo, como sostiene la doctrina científica, el garante que paga siempre pagará bien aunque el beneficiario careciese del derecho material en la relación de valuta. La no accesoriedad comporta independencia de la obligación de garantía respecto a la deuda garantizada, ocasionando desconexión entre la garantía y su causa material y las consecuencias de que el garante no puede oponer al beneficiario las excepciones que correspondieran esgrimir al deudor principal. 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» (FD Primero). En la decisión de instancia, la SAP Zaragoza de 13 de mayo de 1998 (AC 1998/5780), se decía:«... el garante que paga siempre paga bien, aunque el beneficiario careciese de derecho material al cobro, y si este supuesto se produjese el garante no estaría legitimado para reclamar al

de accesoriedad definitiva, y en ese plano la ubicación en la atipicidad es prácticamente obligada. Sin embargo, y como luego razonaremos³⁴, para el logro de la finalidad de una garantía autónoma resulta suficiente la concepción procesal; entender, por tanto, que el régimen *normal* de tal garantía es el de limitación provisional de la accesoriedad.

Al margen de la accesoriedad, se han señalado otros obstáculos estructurales para que pueda hablarse de fianza³⁵: que el fiador no puede obligarse a más que el deudor garantizado (tampoco en lo oneroso de las condiciones: art. 1826 CC) y que se obliga a la misma prestación que este (art. 1822 CC). Sin embargo, en la garantía autónoma el garante, al no poder oponer al beneficiario circunstancias relativas a la relación de valuta que el deudor sí podría esgrimir caso de ser reclamado, se obligaría en condiciones más gravosas; además, ese garante no cumpliría con lo mismo que debía el garantizado, sino que *indemnizaría* al beneficiario. Tales argumentos han sido, empero, rebatidos convincentemente³⁶.

Es cierto que en una garantía autónoma el garante no puede oponer al beneficiario extremos que sí podrían ser esgrimidos por el deudor caso de ser reclamado. Pero para determinar lo más gravoso de las condiciones ha de examinarse el *cuadro general*: qué ocurre después del pago. Si en el regreso contra el deudor éste le pudiera oponer las circunstancias relativas a la relación de valuta que habría podido esgrimir frente al acreedor caso de haber sido él el reclamado, sin duda el fiador se estaría obligando en unas condiciones proscritas por el art. 1826 CC. Pero no es así³⁷, pues, como luego veremos, las aludidas circunstancias no pueden ser opuestas por el deudor frente al regreso del garante.

beneficiario la restitución del pago hecho, siendo la persona garantizada (llamada ordenante) quien puede exigir al beneficiario la restitución de lo obtenido injustificadamente por él; el garante recupera lo pagado del ordenante, quien no puede oponerle ninguna excepción derivada de la relación de valuta; esta situación en la práctica suele ir acompañada de convenios entre garante y ordenante en virtud de los cuales aquél se coloca en condición de recuperar de éste lo pagado al beneficiario (contragarantías)» (FD Segundo).

³⁴ Siguiendo a Carrasco Perera (2000: 994) y Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 517 y 518).

³⁵ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 107-108 y 139-141).

³⁶ Carrasco Perera (1992: 239 ss.); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 512); Gómez-Blanes (2008: 211 ss.); Bustillo Saiz (2014: 68 ss.).

³⁷ Distinto es que el art. 1826 CC se aplique también en la garantía no accesoría: el garante como tal no puede deber más que el deudor garantizado. Si debe más, el exceso sería una atribución a otro título. Al respecto: Carrasco Perera (1992: 206 y 207); Infante Ruiz (2004: 530 ss.).

El *inconveniente* de la falta de identidad entre el objeto de la obligación del fiador y del garante parte, como mínimo³⁸, de dos asunciones: que es esencia de la fianza semejante identidad y que en la garantía autónoma la prestación del garante necesariamente tiene carácter indemnizatorio (y que esto no ocurre en la fianza). La identidad, sin embargo, no es estructural a la regulación de la fianza en el Código Civil, pues puede afianzarse una obligación de hacer o de dar cosa específica³⁹. Cuando así ocurre y se ha fijado la cantidad a satisfacer por el fiador en caso de incumplimiento (que representará el interés económico del acreedor en ese cumplimiento) desde luego no hay identidad; además, se trata de un supuesto en el que para nada resulta pacífica la distinción entre satisfacción del interés de cumplimiento e indemnización por el incumplimiento. Si en una garantía autónoma se garantiza una obligación de hacer (es lo que ocurre en las llamadas garantías de buena ejecución)⁴⁰, se habrá fijado el importe del interés del beneficiario y, por lo que hace al objeto de la obligación del garante, no se produce ninguna diferencia respecto de una fianza: nos volveríamos a plantear si son dos cosas distintas el interés de cumplimiento y la indemnización por incumplimiento, pero no se acierta a ver ninguna razón específica y propia de la garantía autónoma para decir que en este caso se trataría de indemnización. Por lo mismo, si se garantiza el pago de una cantidad dineraria no hay motivo para afirmar la identidad de objetos en la fianza y evitar esa idea en la garantía autónoma hablando de indemnización.

III.- Todo lo anterior sirve para razonar que podría hablarse de una fianza no accesoria, pero no se hará aquí especial cuestión del asunto. Cuando se traigan a colación reglas establecidas en sede de fianza (las que no tienen inspiración en la accesoriedad) lo mismo puede entenderse que son de aplicación directa que analógica.

III. ¿CUÁNDO SE TRATA DE UNA GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO?

³⁸ Aunque en su inspiración puede estar la idea de que el fiador cumple la obligación del afianzado, lo cierto es que la exigencia de identidad de las prestaciones es teóricamente compatible con lo que realmente ocurre: que el deudor cumple su propia obligación.

³⁹ Sobre el tema, Castilla Barea (2013: 12500 ss.).

⁴⁰ Como se suele señalar [por todos, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 504 y 505)] en la garantía de cumplimiento puede garantizarse la restitución por parte del deudor de cantidades pagadas por el beneficiario, la buena ejecución de un hacer de ordinario infungible, o el pago de la cantidad debida por el deudor.

I.- Como se señala en la STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818) la jurisprudencia no «...ha exigido como requisito... la necesidad de que se formalice con una específica y determinada redacción obligatoria» (FD Cuarto). Lo que debe quedar claro⁴¹ es que no cabe oposición del garante⁴², aunque no se haga alusión directamente a ello⁴³. Lo normal, sin embargo, es hacerlo y aludir con fórmulas más o menos intensas (incidiendo o no expresamente en la inoponibilidad de excepciones) a la imposibilidad de oponerse⁴⁴. El que haya que alegar el incumplimiento al realizar la reclamación⁴⁵, el que se diga que la reclamación supone afirmación de incumplimiento, el que hayan de expresarse los motivos que justifican la reclamación, el que se tenga que requerir de resolución, el que haya que reclamar previamente al deudor⁴⁶, o el que se requiera un

⁴¹ La oscuridad no puede ser esgrimida por quien ha redactado la garantía [STS de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/8225)]. La STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279) califica la pretensión de que se interprete restrictivamente la literalidad del aval como contraria a la buena fe negocial (arts. 1258 CC y 57 CCo).

⁴² Sí cabía oposición en el caso resuelto por la STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) por cuanto se garantizaba un incumplimiento que fuera imputable al deudor (determinación que requería necesariamente el análisis de las razones del incumplimiento). O en el de la STS de 25 de octubre de 2019 (RJ 2019/3676), pues se establecía que el avalista podría negarse al pago si el comprador garantizado acreditaba «la existencia de reclamaciones derivadas de las contingencias y responsabilidades asumidas por el vendedor en virtud del contrato de compraventa».

⁴³ STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087): «El presente aval será ejecutable a primera demanda o petición, bastando para ello el mero requerimiento notarial a la Entidad avalista, dándole cuenta del incumplimiento en que haya incurrido la Empresa avalada». STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083): «Este aval... será efectivo al beneficiario, hasta la cantidad máxima avalada, al primer requerimiento del mismo, sin que este deba justificar el incumplimiento ni la negativa al pago». Sobre fórmulas de las que no cabe predicar una garantía no accesoria, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 506 y 507).

⁴⁴ STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/ 4365): «El Banco avalista hará efectiva la garantía a requerimiento del beneficiario, sin que el avalado pueda oponerse al pago que será liberatorio para el Banco, sin perjuicio de las acciones que correspondan al avalado frente al beneficiario del aval si las relaciones de éste fueran indebidas». STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2002/8225): «La CAJA..., siempre que fuera requerida de pago por el beneficiario de conformidad con lo previsto en el párrafo anterior hará efectivo, con los efectos liberatorios, propios del pago y al primer requerimiento las cantidades que se le reclamen, hasta la cantidad máxima anteriormente expuesta, sin necesidad de previa notificación o conformidad del avalado y sin que pueda oponerse al pago ni considerar de la procedencia del aviso y/o pago o, en su caso, de las discrepancias que pudieran existir entre el avalado y el beneficiario del presente aval acerca del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que por este aval se garantizan». STS de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651): «...otorga la garantía requerida... e irrevocablemente y sin reserva alguna se obliga... a pagar a su compañía en el plazo de tres (3) días, sin poder alegar ningún tipo de contestación, objeción o excepción, si existe, que la sociedad suministradora, sin poder investigar si la reclamación es fundamentada o no, cualquier importe que no exceda la suma de DM 5.942.366,71.....El pago deberá realizarse ante su simple manifestación que la mencionada sociedad suministradora ha incumplido, total o parcialmente...». STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818): «...los pagos los realizarán directamente la Caja de Ahorros de Badajoz (...), en las fechas expresadas y sin excusas ni pretextos de clase alguna, sean cualquiera las incidencias de la obra y el cumplimiento o incumplimiento...».

⁴⁵ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 506), señalan, citando decisiones de instancia, que expresiones como *cuando el deudor incumpla* no son óbice para entender que la garantía es a primer requerimiento, pues se deben entender como una descripción de la declaración que ha de hacer el acreedor o, si así se desprende del contrato, como una exigencia de que previamente se ha debido reclamar el cumplimiento.

⁴⁶ *Vid.*, sin embargo, Infante Ruiz (2004:521).

informe de tercero afirmando el incumplimiento, no obsta al carácter autónomo de la garantía pues se trata de presupuestos o requisitos⁴⁷ cuya *verdad* o *fundamento de fondo* no puede ser objeto de discusión en el procedimiento. Distinto sería, por supuesto, si el deudor pudiera acreditar el cumplimiento, aunque estuvieran tasados los modos de hacerlo. O si el objeto de la garantía fuera la cantidad impagada por el deudor hasta un máximo fijado y no sirviera a tal efecto la mera afirmación del acreedor⁴⁸. Sin embargo, aunque la renuncia a los beneficios de excusión y división sean incongruentes en una garantía autónoma⁴⁹, no excluyen que una garantía lo sea. Como no lo excluye la habitual, e innecesaria si se pacta una garantía autónoma, solidaridad entre garante y deudor⁵⁰. Tampoco se debe dar importancia a la manera en que se describa la obligación del garante (indemnización, pago de la deuda u otras fórmulas)⁵¹, y, por supuesto, debe ser irrelevante si se habla de fianza, aval o garantía.

Dado que no se requiere renuncia a la oponibilidad de excepciones relacionadas con la relación subyacente para entender que la garantía es autónoma, nada sustancial⁵² parece añadirse si tal renuncia existe (otra cosa es que convenga hacerlo para que no haya dudas al respecto en ningún contexto interpretativo⁵³). Y se incide en ello no solo para hacer notar que hasta el momento no se ha convertido en *requisito* la estricta inoponibilidad de excepciones de cara a determinar si estamos ante una garantía autónoma, sino también para señalar que, aunque así se ha mantenido⁵⁴, la existencia de

⁴⁷ Sobre los niveles de justificación de la garantía (y la tradicional distinción entre garantías justificadas y documentarias): San Juan Crucelaegui (2004: 217 ss.); Espigares Huete (2006: 196 ss.); Busto Lago (2013: 4780 y 4781); Bustillo Saiz (2014: 39 ss.).

⁴⁸ En el caso de la STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860) se avalaba a primer requerimiento el precio de compras de pescado y marisco y se había establecido que, hasta determinada cantidad, se cubrían los pagos de las facturas que se emitieran un concreto día de la semana. Servía, por tanto, la mera afirmación del acreedor.

⁴⁹ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 293, 294 y 327); Infante Ruiz (2004: 518); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 505); Busto Lago (2006: 142 y 150).

⁵⁰ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 507 y 508). Con matizaciones, relativas al pacto de solidaridad como elemento interpretativo: Busto Lago (2006: 149 y 150; 2013: 4749 y 4750) e Infante Ruiz (2004: 518 y 519). En sentido contrario, San Juan Crucelaegui (2004: 230) y Sánchez-Calero Guilarte (1995: 327).

⁵¹ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 507).

⁵² Otra cosa parecía insinuar un inciso de la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087): «...el aval a primer requerimiento... no puede desvincularse en cualquier circunstancia -al menos cuando no se ha incluido la cláusula “sin excepciones”- de la obligación garantizada que constituye su objeto...» (FD Tercero).

⁵³ En esa clave, señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 508) que la renuncia a excepciones es lo que hace el tránsito a lo que denominan *fórmula fuerte*. Fórmulas que se han ido imponiendo como resultado de un mayor cuidado en la redacción de la garantía.

⁵⁴ Infante Ruiz (2004: 557); Espigares Huete (2006: 135); Busto Lago (2013: 4786).

renuncia expresa no debe servir de argumento para defender que se ha hecho el tránsito a una inoponibilidad definitiva (y determinante de que el garante no pueda repetir contra el beneficiario con base en la improcedencia de fondo de su cobro).

II.- La mención al contrato del que derivan las obligaciones garantizadas al establecer la garantía, no debe ser un obstáculo para que la misma se considere autónoma. Otro, sin embargo, ha sido el criterio de la STS 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281)⁵⁵ que, como ya adelantamos, sorprendentemente ha considerado que, por sí solas, la referencia al contrato y su incorporación al pactar la garantía conducían inexorablemente a la accesoriedad⁵⁶: «En efecto, los avales prestados por Caja Duero no se limitan a establecer la exigibilidad abstracta y autónoma propia de un aval a primer requerimiento, sino que "causalizan" la garantía, al vincularla expresamente al contrato de 29 de diciembre de 2010, que se incorpora mediante copia a los avales. De esta manera, nos encontramos ante una garantía accesoria a un contrato principal, que se asemeja más a una fianza ordinaria que a un aval a primer requerimiento. //Fueron los propios términos de los avales los que excluyeron la independencia de la relación fideiusoria respecto de la relación contractual garantizada» (FD Segundo).

¿Cómo no se va a vincular expresamente una garantía al contrato del que derivan las obligaciones garantizadas⁵⁷? ¿Cómo no se va a *causalizar* en ese sentido la garantía si su razón de ser es garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones⁵⁸?

En la decisión se dice que «La denominada garantía o aval a primera demanda o primer requerimiento es un contrato autónomo de garantía y que, en esta modalidad contractual, el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación

⁵⁵ Comentarios de Busto Lago (2019: 291 y ss.); Espigares Huete (2021: 188 y ss.); Hernández Meni (2021: 125 ss.)

⁵⁶ Lo ha hecho, además, sin que se vea bien por qué era necesario para el fondo del asunto [Espigares Huete (2021: 191)]. Lo que se solicitaba por parte de la administración del concurso de la deudora era que se declarara que la garantía solo cubría determinadas obligaciones. Así se hizo en primera instancia sin cuestionar que se tratara de un aval a primer requerimiento. La Audiencia Provincial confirmó el fallo argumentando que «el aval no tenía autonomía propia, al ser parte de un conjunto contractual celebrado por una sociedad en concurso, asistida por su administración concursal». El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y argumenta como se señala en el texto.

⁵⁷ Espigares Huete (2021: 192, 197 y 198); Busto Lago (2006: y 145 ss.; 2019: 299 y 300) y, con referencia a la jurisprudencia de instancia, Hernández Meni (2021: 132 y 133).

⁵⁸ Se admite con naturalidad que junto con el crédito se ceda la garantía autónoma: SSTS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553), de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), o de 17 de julio de 2014 (2014/4083).

garantizada...» (FD Segundo). Ha reaparecido la referencia a la abstracción en el Alto Tribunal. Orillada la palabra como muestra de la compatibilidad de la garantía autónoma con las exigencias de un sistema causalista, casi⁵⁹ habría que remontarse a la inaugural STS 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878)⁶⁰ para hallar su vinculación con la garantía a primer requerimiento. Ahora se habla de abstracción e independencia (no de autonomía) y para lograrla se requiere una artificial desvinculación respecto del contrato, de modo que si existe vinculación (lo de la incorporación de una copia del contrato al aval no parece ser la circunstancia determinante) la garantía es accesorio. Y repárese en que no se está proponiendo un régimen de mayor intensidad en las consecuencias de la falta de accesoriedad (una falta de accesoriedad definitiva frente a una provisional) sino haciendo más difícil la no accesoriedad⁶¹.

Nunca el Tribunal Supremo había considerado la, lógica, vinculación de la garantía al contrato garantizado como un impedimento. Es de esperar que se trate de una decisión aislada. En la STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818), que ratifica la decisión de la Audiencia Provincial en el sentido de entender que la garantía era a primer requerimiento, se reproducen los términos de la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281) relativos a la independencia y abstracción, pero no se hace ninguna alusión a la cuestión. Con todo, es intuible que esta decisión haya causado desconcierto en los juzgadores de instancia y dificultado seriamente la redacción de las garantías.

III.- Aunque el aval sea efectivamente a primer requerimiento su virtualidad puede quedar desactivada si se demanda conjuntamente⁶² al garante y al deudor, porque entonces en el procedimiento se podrá discutir sobre el fondo⁶³. Es lo que ocurrió en el caso de la STS 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2693) en el que se demandaba al deudor

⁵⁹ Constituye un paréntesis la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083).

⁶⁰ La STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584) reproduce sus términos, pero, en lo que le es propio, para referirse a la obligación del garante, sustituye el «...carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial...» de la sentencia de 1989 por «autónoma e independiente».

⁶¹ De vuelta a la irrelevancia de la cláusula de pago a primer requerimiento habla Espigares Huete (2021: 188 ss.).

⁶² Si se siguen dos procedimientos, uno relativo a la relación subyacente y otro a la exigencia de la garantía, no cabe oponer por parte del garante una cuestión de incompetencia por declinatoria en favor del juzgado donde se sigue la causa relativa a la relación de valuta: STS de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9304). Al respecto, Marimón Durá (2021: 227).

⁶³ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 514 y 648); Espigares Huete (2006: 83 y 84). En el supuesto que dio lugar a la STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860) se había demandado conjuntamente al garante y a la deudora garantizada, pero no se discutía sobre el fondo sino sobre la cobertura de la garantía.

garantizado y al garante con fundamento en el art. 1124 CC. Mientras que en primera instancia se absolvió a ambos, la Audiencia Provincial confirmó la absolución de la deudora y condenó al garante. El Tribunal Supremo estimó el recurso de este último y terminó absolviéndole haciendo protestas generales de la accesoriedad de la garantía. Lo que no procedía era el carácter general con el que se predicaba la necesidad de reconocimiento del incumplimiento, pero en el fondo el Alto Tribunal tenía razón. Si se admite la *exceptio doli* para neutralizar la reclamación del beneficiario, cómo se va a condenar a un garante cuando se ha puesto de manifiesto en ese mismo procedimiento que no era procedente la reclamación en el marco de la relación de valuta y además ello ha ocurrido, no porque demandándose solo al garante se hubiera admitido indebidamente prueba al respecto⁶⁴, sino porque el beneficiario había demandado también al deudor garantizado.

IV. LAS EXCEPCIONES

IV.1. El punto de partida: extremos oponibles e inoponibles

I.- Consustancial a la autonomía es que no puedan oponerse excepciones relacionadas con la relación subyacente⁶⁵. Son las que el deudor podría hacer valer caso de ser reclamado de cumplimiento y son inherentes a la deuda (art. 1853): efectivo cumplimiento, falta de vencimiento⁶⁶ e iliquidez, inimputabilidad del incumplimiento, ineficacia de la relación base. También aquellas que son propias de la garantía, pero por circunstancias relativas a la relación de la valuta. Entre estas últimas están las que en un régimen accesorio determinarían la invalidez o extinción de la garantía por efecto de la

⁶⁴ Pero incluso en estos casos, no es fácil prescindir de lo que, indebidamente, se ha terminado acreditando en el proceso. Lo pone de manifiesto el caso que dio lugar a la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087); a ella nos referiremos en el texto al tratar la *exceptio doli*.

⁶⁵ La STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083) revoca la sentencia de apelación (en virtud de la cual, y confirmando el criterio de la primera instancia, se había suspendido la exigibilidad del aval habida cuenta de la suspensión de la obligación de pago del deudor con base en el art. 1502 CC):«De lo anterior se desprende que la suspensión de la ejecución de este tipo de avales a solicitud del deudor y como consecuencia de una controversia surgida en el contrato principal, es contraria a su naturaleza jurídica puesto que desconoce su carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio, como se deduce de la doctrina jurisprudencial señalada. //Una confrontación surgida en relación con el contrato principal no puede dar lugar a la ineficacia de la garantía, de tal forma que se convierta ésta en accesorio, desnaturalizándose su verdadera función y quedando eliminada su especialidad» (FD Tercero).

⁶⁶ En todo caso *obiter dictum*, pues no se trataba de una garantía a primer requerimiento, parece decirse en la STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021/370) que también en una garantía de este tipo cabría oponerse a la reclamación del beneficiario si la obligación garantizada estuviera sometida a plazo inicial y este todavía no hubiera comenzado.

invalidez⁶⁷ o extinción de la relación subyacente (arts. 1824, 1847 o 1849 CC), pero igualmente la causa de extinción prevista en el art. 1851 CC: la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del garante⁶⁸.

En lo que hace al art. 1851 CC, la jurisprudencia, sin embargo, dista de ser clara. En la STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162)⁶⁹ se confirma la sentencia condenatoria al avalista y, basándose en que se trataba de un aval a primer requerimiento, se señala (por cierto de modo incongruente con la doctrina de la inversión de carga de la prueba con la que la decisión se alinea) que «...se dan los requisitos precisos para el triunfo de la pretensión de la parte actora, cuyo fundamento no se encuentra en una situación normal de afianzamiento, que permite el análisis de excepciones de prórroga y de pago como modo de extinción de la fianza» (FD Segundo). Sin embargo, con posterioridad el Alto Tribunal ha afirmado, aunque considerando que en el caso no concurría el supuesto de hecho del precepto, la aplicación del art. 1851 CC al aval a primer requerimiento. Lo hizo en las SSTS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425) y de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640), diciéndose en ambas⁷⁰ (se trataba del mismo asunto, pero respecto de garantes distintos) que «...siempre que no se trate de causas de extinción que provengan de la relación de valuta, el garante a primer requerimiento pueda oponerse al pago por las causas de los arts. 1851 y 1852 CC. Para que no fuera oponible la causa prevista en el art. 1851 CC, sería necesario que en el aval a primer requerimiento se hubiera hecho una renuncia expresa a ella, de lo que no queda constancia en este caso...» (FFDD 12 y Tercero, respectivamente). Y finalmente, e introduciendo otro elemento de variedad, en la STS de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651) se señala que «...la aplicación de lo previsto en el artículo 1851 del Código Civil con relación al contrato de fianza y, por extensión, a sus notas de accesoriedad y subsidiariedad de su ejercicio, queda sujeta a una interpretación restrictiva en los casos de estos avales así configurados» (FD Segundo). En

⁶⁷ En la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281) ello se incluye al caracterizar la figura: «En esta modalidad contractual, el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación garantizada...» (FD Segundo).

⁶⁸ Carrasco Perera (1992: 196); Moralejo Menéndez (2001:699); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 510).

⁶⁹ Comentarios de Carrasco Perera (2000: 987 y ss.) y Moralejo Menéndez (2001: 673 y ss.).

⁷⁰ La razón de la exclusión de la aplicación del art. 1851 CC fue la falta concurrencia de la *ratio* del mismo: que la prórroga le perjudicara al fiador. La segunda de las decisiones resulta más explícita al respecto, y es que ha de justificar la revocación de la sentencia de apelación, que había estimado aplicable el precepto en cuestión.

la decisión no se da pista alguna sobre el significado de la aplicación restrictiva y no cabe derivarlo del caso, porque a la postre se arguye que la sentencia recurrida no había considerado acreditado que los cambios de calendario supusieran en realidad la concesión de una prórroga para el deudor.

II.- Tampoco son oponibles las circunstancias relativas a la relación existente entre el ordenante y el garante, o las que le afecten exclusivamente al primero⁷¹. El caso sobre el que recayó la STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818) constituye un buen ejemplo de lo primero. Se trataba de un supuesto en el cual el contrato existente entre el ordenante y el garante se había declarado nulo en la jurisdicción penal como consecuencia de la falsificación de unas certificaciones de obra, pero tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo sentaron la obligación de pago del garante. Al menos en la sentencia de casación tal consecuencia se liga al carácter autónomo de la garantía⁷², pero lo cierto es que ello nada tiene que ver con la falta de accesoriedad sino con el principio de relatividad de los contratos⁷³.

III.- Si no se ha pactado otra cosa⁷⁴, son oponibles excepciones propias del garante por su relación con el beneficiario⁷⁵. También la excepción de perjuicio de subrogación (art. 1852 CC)⁷⁶, que trae causa de un comportamiento del beneficiario contrario a la buena fe; así lo señalan, *obiter dictum*, las SSTS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425) y de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640).

⁷¹ Así ocurre, por ejemplo, con el concurso: Sánchez-Calero Guilarte (1995:398); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 515 y 516); Busto Lago (2013: 4782).

⁷² «Y por otro lado, porque lo que se argumenta en el motivo sobre la extensión de los efectos de la nulidad de la póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles, como negocio principal, al negocio accesorio representado por el aval a primer requerimiento, desconoce nuestra doctrina sobre el carácter autónomo y no accesorio de este tipo contractual, que tiene como característica principal dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata para cuyo cumplimiento efectivo basta con la reclamación del deudor, sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta obligación...» (FD Cuarto).

⁷³ Infante Ruiz (2004: 533); Adame Martínez (2005: 630); Gómez-Blanes (2008: 221). Sin embargo, Sánchez-Calero Guilarte (1995: 398) conecta semejante efecto a la «independencia del compromiso asumido por el garante».

⁷⁴ En el caso de la SAP Barcelona de 21 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:12237), en la garantía, además señalarse que las obligaciones del avalista no se verían afectadas ni quedaría limitada la fuerza vinculante del aval por «la eventual invalidez, irregularidad o inexigibilidad de todos o algunos de los pactos contenidos en el contrato de compraventa de acciones entre el avalado y el beneficiario», se añadía que el avalista «renuncia a su derecho a oponer contra el beneficiario cualquier excepción personal que pudiera ostentar contra el beneficiario».

⁷⁵ STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083): «...el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario.» (FD Segundo).

⁷⁶ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 510 y 511); Busto Lago (2013:4785); Núñez Zorrilla (2001: 270 y 271).

En lo que hace a las excepciones propias del garante por su relación con el beneficiario (pago, compensación, prescripción) no resulta pacífico el tema de la compensación. Para su inoponibilidad se han ofrecido distintas razones: que de ordinario es el garantizado quien propone al garante y debe entenderse implícito que el acreedor no le habría aceptado de poder oponerle compensación⁷⁷; que la inoponibilidad es consecuencia directa de la causa fundacional de la garantía⁷⁸; o, y en parte relacionado con lo anterior, que ello es efecto de la expresa renuncia a oponer excepciones⁷⁹. Argumento este último que parece conducir a exigir un plus en la contundencia de la redacción de la garantía autónoma para entender que, aunque no se haya renunciado expresamente a ella, no procede la excepción de compensación. Por otra parte, entre quienes aceptan la posibilidad de oponer compensación⁸⁰ también se muestra reticencia⁸¹ cuando el crédito provenga de cesión del ordenante (a menudo trayendo a colación al respecto el art. 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingentes⁸²).

IV.- Son oponibles, en fin, la *exceptio doli* y las excepciones relativas a la garantía misma. De ellas nos ocuparemos en los siguientes epígrafes. Merecen atención separada siquiera sea porque entre nosotros su mención va aparejada a la caracterización general de la figura.

⁷⁷ Carrasco Perera (1996: 756); Busto Lago (2013: 4785). Señala el último autor que el razonamiento no procedería en caso de que el garante fuera propuesto por el acreedor.

⁷⁸ Espigares Huete (2006: 231 y 234).

⁷⁹ No resulta el argumento determinante, pero el AAP Bizkaia de 8 de octubre de 2021 (ECLI:ES: APBI:2021:1672), que desestima el recurso del garante que alegaba que no se había aceptado la compensación como motivo de oposición en el ejecutivo, a mayor abundamiento invoca los propios términos del aval y la renuncia a «cualesquiera otros derechos, facultades o excepciones que pudieran corresponderle, que tiendan a impedir o demorar el pago a la Beneficiaria de la cantidad garantizada, que quedan expresamente excluidos y por tanto, no son de aplicación al presente aval» (FD Tercero). En el caso se entendió que la alegada compensación no constaba en documento que tuviera fuerza ejecutiva, tal y como exige el art. 557.1.2º LEC cuando se trata de ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales.

⁸⁰ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 395); Nuñez Zorrilla (2001: 269 y 270); Infante Ruiz (2004: 539); Gómez-Blanes (2008: 220); Bustillo Saiz (2014: 122 y 123); Marimón Durá (2021: 226).

⁸¹ Sánchez-calero Guilarte (1995: 395); INFANTE RUIZ (2004: 539, nota 379); Bustillo Saiz (2014: 122 y 123).

⁸² «De no haberse dispuesto otra cosa en la promesa o de no haberse acordado lo contrario en otra parte por el garante/emisor y el beneficiario, el garante/emisor podrá cumplir con la obligación de pago contraída en la promesa haciendo valer un derecho de compensación, con tal de que no invoque un crédito que le haya sido cedido por el solicitante o por la parte ordenante». No se incide en ello, pero en el caso resuelto por el AAP Bizkaia de 8 de octubre de 2021 (ECLI:ES: APBI:2021:1672) el crédito del garante provenía precisamente de la cesión del avalado (*vid.* nota 79).

IV.2. La *exceptio doli*. Legitimación para esgrimir el abuso (referencia a las medidas cautelares)

I.- La autonomía de la obligación del garante respecto de la relación subyacente quiebra por efecto de la que habitualmente se denomina, así lo hace la jurisprudencia, *exceptio doli*. Encuentra su apoyo en la buena fe y en la interdicción del abuso de Derecho, y responde a la idea, asentada en todas las regulaciones, de que en determinados casos no debería tutelarse la reclamación de la garantía y cabría oponerse a la misma. El expediente también se conoce como excepción de abuso o de fraude. Las diferentes denominaciones en buena medida traen causa de la diversidad comparada⁸³, pero entre nosotros resultan intercambiables⁸⁴, lo que supone que no se requiere acreditación de la mala fe del beneficiario⁸⁵.

Es claro que la mayor o menor amplitud en la estimación de los supuestos reconducibles a esa *exceptio* va a dar la medida del auténtico nivel de autonomía de la garantía. De ahí que sean generalizadas las consideraciones en aras de una interpretación restrictiva. En lo que hace a los casos en los que procedería, habitualmente se traen a colación⁸⁶: el efectivo cumplimiento por parte del deudor, el incumplimiento no imputable al deudor (por ser imputable al beneficiario o por deberse a caso fortuito y no tener que responder del mismo) y la invalidez⁸⁷ de la relación subyacente. Son casos que se pueden reconducir a lo que se ha denominado fraude o abuso *manifiesto* en una de las acepciones con que la expresión se utiliza al hilo de la *exceptio doli*⁸⁸. Y es que lo manifiesto también se predica de la prueba⁸⁹, en este caso para asimilarla a lo que se conoce como *prueba líquida*⁹⁰, entendiéndose por tal⁹¹ aquella (respecto a la que también

⁸³ San Juan Crucelaegui (2004: 292 y ss.); Infante Ruiz (2004: 540 y ss.; 2008: 424 y ss.); Espigares Huete (2006: 244 ss.).

⁸⁴ Infante Ruiz (2004: 543); Espigares Huete (2006: 246).

⁸⁵ Sobre el tema, Bustillo Saiz (2014: 133 y 134).

⁸⁶ Espigares Huete (2006: 234); Bustillo Saiz (2014: 150 ss.); Busto Lago (2013: 4782).

⁸⁷ Se ha discutido sobre si los casos denominados de *causa ilícita* (aquellos en los que el objeto es ilícito o, en general, se produce una vulneración de normas prohibitivas que llevan aparejado el efecto de la nulidad) son reconducibles a la *exceptio doli*. Así lo entienden, con buen criterio, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 515) e Infante Ruiz (2008: 437). La trascendencia del asunto radica en si el supuesto queda sometido, que debe estarlo, a las exigencias de la *prueba líquida*.

⁸⁸ Este es el sentido en el que *manifestamente* se usa en el *Common Frame of Reference* (IV.G-3:105): «(1) A security provider is not obliged to comply with a demand for performance if it is proved by present evidence that the demand is manifestly abusive or fraudulent».

⁸⁹ Infante Ruiz (2004: 547 y 549); Espigares Huete (2006: 264); Bustillo Saiz (2014: 126, 128, 133 y 140).

⁹⁰ En el *Common Frame of Reference* (IV.G-3:105) se habla de *present evidence*.

⁹¹ Infante Ruiz (2004: 547 ss.); Espigares Huete (2006:254); Bustillo Saiz (2014: 133).

se discute si viene circunscrita en cuanto a los medios)⁹² que resulta incontrovertible (segura, irrefutable) y de inmediata (evidente) interpretación; extremo este que se viene a resumir en la idea de que se debe rechazar la apertura de práctica de prueba al respecto⁹³ (art. 283.1 LEC).

Sobre muy poco de lo anterior encontramos pautas en la jurisprudencia. La primera vez que el Alto Tribunal incluyó la *exceptio doli* en la caracterización general de la garantía a primer requerimiento fue en la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087)⁹⁴. Decisión que tuvo el mérito de desplazar la buena fe como justificación de que siempre se pudiera abrir *el melón* de la relación de valuta (porque esto era lo que implicaba la doctrina de la inversión de la carga de la prueba)⁹⁵ para colocarla como fundamento de una *exceptio doli* ya entendida según parámetros ajustables a la experiencia comparada. Otra cosa es que lo hiciera con una formulación general a la que pueden hacerse diversas objeciones : «..el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad....no puede desvincularse en cualquier circunstancia -al menos cuando no se ha incluido la cláusula «sin excepciones»- de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza (art. 1827), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no pueda extenderse más allá de lo 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, cuya prueba le corresponde, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli* [excepción de dolo], que constituye una limitación que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría en la que ni siquiera parece que

⁹² Infante Ruiz (2008: 431); Espigares Huete (2006: 255).

⁹³ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022:514); Bustillo Saiz (2014: 134); Infante Ruiz (2004: 554; 2008: 437); Espigares Huete (2006: 250).

⁹⁴ Comentario de Infante Ruiz (2008: 415 ss.)

⁹⁵ De hecho, esta doctrina se vio como una particular (e incongruente con la función de la garantía autónoma) versión española de la excepción de abuso: abierta a cualquier causa de oposición relativa a la relación subyacente y sin limitación de medios de prueba. *Vid.* Infante Ruiz (2004: 47; 2008: 435); Bustillo Saiz (2014: 134 ss.); Marimón Durá (2021: 253 y 254).

pueda incluirse el aval a primer requerimiento, a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del art. 1277 CC» (FD Tercero).

Entre las objeciones que pueden realizarse a la sentencia está la de que el asunto parece conectarse al carácter expreso de la fianza cuando la *exceptio doli* nada tiene que ver con ello⁹⁶; pero sobre todo, y a esta cuestión volveremos más tarde, la de que se *mezclan* las excepciones derivadas de la propia garantía con la *exceptio doli*⁹⁷.

En lo que hace propiamente a los aspectos que sí son reconducibles a la *exceptio doli*, se ha dicho, con razón⁹⁸, que la decisión es parca. Sólo se alude a la inexistencia o al incumplimiento de la obligación garantizada y no se dice nada sobre aspectos probatorios. Cabría especular sobre si la referencia a «clara inexistencia o cumplimiento» habría de ponerse en relación con los rasgos de la prueba líquida esbozados líneas arriba; pero lo cierto es que se trata de un asunto en el que sí se realizó actividad probatoria⁹⁹ (amén del análisis de las facturas se practicó prueba testifical) y en el que, por lo tanto, no se adoptó la perspectiva de la prueba líquida.

Poco más se ha avanzado respecto de los contornos teóricos de la *exceptio doli*. La decisión más expresiva¹⁰⁰ es la STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365), que se limita a reproducir los mismos términos de la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087), omitiendo, eso sí, los aspectos de esta decisión a los que nos hemos referido críticamente. Se continúa haciendo referencia, por tanto, a la «clara inexistencia o incumplimiento» y se invoca la buena fe contractual y la prohibición del ejercicio abusivo del Derecho.

II.- La STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365) es, sin embargo, reseñable porque aborda el importante tema de la legitimación para esgrimir el abuso o la contravención de la buena fe. Se trataba de una compraventa de aceite en la que el pago

⁹⁶ Infante Ruiz (2008: 436).

⁹⁷ Una crítica a estos aspectos de la sentencia en Espigares Huete (2015: 470).

⁹⁸ Infante Ruiz (2008: 436).

⁹⁹ Sobre esta circunstancia, Espigares Huete (2015: 470).

¹⁰⁰ La STS de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2010/271) incluye la *exceptio doli* en la caracterización del aval a primer requerimiento, pero lo hace de una manera muy parca y, además, al mismo tiempo sigue hablando de la inversión de la carga probatoria de la inexistencia o del cumplimiento de la obligación garantizada. Poco más explícita respecto de la *exceptio doli* es la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083), decisión en la que también se continúa aludiendo a la inversión de la carga de la prueba, pero el sentido del fallo es plenamente respetuoso con la autonomía de la garantía: se desestima la pretensión del deudor de que se condenara al garante a suspender el pago del aval a pesar de que a ese deudor se le había reconocido el derecho a la suspensión del pago.

del precio estaba garantizado con un aval a primer requerimiento. La compradora, que había obtenido medidas cautelares para suspender la ejecución del aval, demandó a la vendedora y a la cesionaria de su crédito solicitando: frente a la vendedora, la anulación del contrato por dolo (y subsidiariamente resolución del contrato e indemnización) y, frente al cesionario, la devolución física del aval. En primera instancia se estimaron todas las pretensiones de la demanda, pero en apelación prosperó el recurso del cesionario en el sentido de absolverle de la obligación de restituir el aval; la anulación el contrato de compraventa, por tanto, devino firme. En el recurso de casación de la compradora, que resulta desestimado, la devolución del aval se vinculaba a las consecuencias restitutorias de la invalidez, pero también, y es lo que ahora nos interesa, a la buena fe y al hecho de ser contrario a la misma permitir que se conservara un aval cuyo cobro sería abusivo. En lo que hace a esta cuestión, el Alto Tribunal, tras afirmar que «esta facultad de alegar la "exceptio doli" corresponde al banco garante, no al ordenante o avalado, en este caso, al demandante», concluye: «...la reclamación del documento del aval por parte del ordenante -demandante y recurrente- no procede, porque se anticipa a la eventual reclamación de pago que el beneficiario de la garantía pueda realizar frente al garante. Será con ocasión de esta reclamación que el banco avalista pueda oponer al beneficiario la "exceptio doli", supuesto que sea conocedor de la nulidad por dolo de la relación subyacente estimada en el curso de los presentes autos...» (FD Quinto).

No debe entenderse, sin embargo, que en una garantía a primer requerimiento el abuso del beneficiario solo pueda ser esgrimido vía excepción por el garante¹⁰¹. También puede serlo por el avalado mediante una acción, sea contra el garante (para que no pague), sea contra el beneficiario (buscando que no ejecute la garantía) o sea contra ambos¹⁰². Cosa distinta es que en este caso no se hubiera solicitado que al beneficiario se le impidiera ejecutar la garantía sino una, insustancial¹⁰³, devolución del aval. Pero ¿qué

¹⁰¹ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 499); Espigares Huete (2021: 186, nota 40).

¹⁰² *Common Frame of Reference* (IV.G-3:105): « (2) If the requirements of the preceding paragraph are fulfilled, the debtor may prohibit: (a) performance by the security provider; and (b) issuance or utilisation for performance by the creditor».

¹⁰³ No consta que la solicitud de la devolución del aval pudiera entenderse como pretensión de que se impidiera su ejecución. Como señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 499), un aval no es un título valor ni un documento de legitimación (véase, sin embargo, el pasaje de la sentencia reproducido en la siguiente nota) y no puede haber un proceso principal que tenga por objeto la devolución del mismo. El fondo de lo aquí se mantiene se aprecia en la STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436), en un supuesto en el que, cuando el vendedor beneficiario se dirige al garante, este señala que la garantía se encontraba cancelada y que el garantizado había retirado el aval depositado notarialmente: «Sin perjuicio de que el aval a primer requerimiento fuera otorgado por Caja Madrid, a instancia de Vallehermoso, en

hubiera ocurrido si la pretensión ejercitada contra el cesionario y beneficiario hubiera sido la de que se le impidiera la ejecución del aval? En un caso en el que en primera instancia se había sentado la invalidez del contrato base por dolo (y, además, la misma había devenido firme; ninguna duda, por tanto, de que se está ante una prueba líquida) cuesta pensar que la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo hubieran rechazado la pretensión contra el beneficiario. Aunque lo cierto es que la literalidad de la sentencia del Alto Tribunal da pie para pensar que quizás eso es lo que habría ocurrido¹⁰⁴.

III.- Acabamos de señalar que, con los mismos parámetros de la *exceptio doli* (casos y prueba líquida), podría el avalado dirigirse tanto contra el garante como contra el beneficiario. Si se admite que el garante oponga el abuso para no pagar, no hay razón para que el avalado no pueda esgrimir tal abuso y adelantarse para evitar el cobro (no es, a mi juicio, suficiente argumento el que, en caso de pago de una reclamación abusiva, pueda oponerse al regreso¹⁰⁵). Y si esto es así, otro tanto cabe decir respecto de las medidas cautelares (arts. 721, 726, 727.1º y 7º LEC). No se ve motivo para impedir que puedan solicitarse contra el garante o contra el beneficiario¹⁰⁶. No es desde luego fundamento la abstracción o independencia (la autonomía, en definitiva) de la garantía. Lo sería si no existiera *exceptio doli* y la reclamación del beneficiario fuera absolutamente inmune a circunstancias relacionadas con la relación de valuta, pero no lo es. La apariencia de buen derecho (art. 728.2 LEC), sin embargo, no pueda ser otra cosa que la prueba líquida sobre los extremos que quepa aducir en la *exceptio* (o *actio*) *doli*¹⁰⁷. Y se insiste en esto particularmente si las medidas cautelares se dirigen contra el beneficiario porque, de entre toda la diversidad existente en la Audiencias Provinciales respecto de las

virtud de la relación contractual de cobertura de fianza que tenían entre ellas, y para asegurar una obligación de Vallehermoso frente a New Llimonet, beneficiaria del aval, esto no supone que la entidad avalista pueda quedar liberada de la garantía prestada por la mera renuncia al aval de Vallehermoso, ni siquiera cuando vaya unida a la devolución del documento en el que se instrumentó el aval.» (FD 7). Cuestión distinta es que la tenencia del aval por la avalista puede ser valorada, en conjunción con otras circunstancias, de cara a entender extinguida la garantía [era el caso de la STS 26 de marzo de 2015 (RJ 2025/2347), que considera que la discrepancia al respecto no se combate en esa instancia por la vía adecuada].

¹⁰⁴ Además de lo que se ha reproducido en el texto, se señala en el FD Segundo: «Sin embargo, el aval a primer requerimiento, no es una garantía subordinada o accesoria de la obligación principal, sino una garantía autónoma e independiente que vincula directamente al beneficiario con el garante. La entrega del documento supondría, como afirma la sentencia recurrida, una comunicabilidad de la nulidad de la relación subyacente a dicha garantía, haciéndola perder su autonomía e independencia, y hasta el punto de ser ineficaz, pues sin posesión material del documento de aval no es posible su reclamación al garante, como más tarde se analizará, cuando, en el motivo cuarto, se examinen las excepciones al pago que sólo pueden ser opuestas por el banco avalista frente a la reclamación del beneficiario».

¹⁰⁵ Amén de que, como señala Bustillo Saiz (2014: 172), es posible que el ordenante haya realizado provisión o quepa un adeudo automático.

¹⁰⁶ Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 640); Espigares Huete (2006: 306).

¹⁰⁷ Bustillo Saiz (2014: 174 y 175).

medidas cautelares¹⁰⁸, hay una línea que, rechazando que puedan plantearse contra el garante (se invoca la abstracción), las admite respecto del beneficiario con la siguiente argumentación: «Cuando la controversia no se suscita entre el garante y el beneficiario, sino entre el garantizado y el beneficiario, desplazando el objeto del proceso a la relación causal inicial entre ambos, no existe razón legal alguna que impida a las partes ejercitar, sin restricciones, cuantas acciones tiendan a una declaración judicial sobre la validez y eficacia de dicho negocio o sobre su cumplimiento, según el caso, ni, por tanto, que se solicite entre tanto se sustancie el proceso, que se suspenda la ejecución de un medio de garantía del cumplimiento de una obligación que se halla en entredicho, no ya sólo en lo que atañería a su exigibilidad, sino en a su propia existencia, a fin de evitar la frustración del fin mismo del litigio principal» [AAP de Madrid de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:5582) –RJ Octavo–]¹⁰⁹. Esta fundamentación a mi juicio es errónea¹¹⁰, como erróneo es no permitir por principio las cautelares respecto del garante porque en un caso y en otro se trata de evitar el abuso en los estrictos términos definidos en la *exceptio doli*. Pero repárese en que la argumentación criticada es una vía (y ciertamente respondería a la lógica de los razonamientos que se realizan) para relajar las exigencias de la prueba líquida y de la manifiesta falta de derecho. Se insiste: en buena lógica, el *fumus boni iuri* no puede ser otra cosa que la prueba líquida sobre la manifiesta improcedencia de la reclamación.

IV.3. Excepciones relativas a la garantía misma

Desde la STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584) se repite en la jurisprudencia¹¹¹ que el garante no puede oponer al beneficiario «otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma». Tales excepciones, por tanto, vienen a configurarse como correspondientes al régimen normal de la figura y, por ello, no

¹⁰⁸ Que no quepan medidas cautelares, que no se pueden dirigir contra el garante, pero sí contra el beneficiario (y en este caso con diferencia de pareceres sobre el contenido de la medida: paralización del cobro, embargo preventivo del crédito, embargo de la cantidad pagada). Un resumen de la diversidad puede verse en Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 539). Sobre el debate en torno a la procedencia o no del embargo preventivo, también: INFANTE RUIZ (2004: 551); Espigares Huete (2006: 285 ss.); Bustillo Saiz (2014: 174 y 175).

¹⁰⁹ En este Auto, como en otros de la Audiencia Provincial de Madrid que se citan en la misma, se da cuenta de la llamativa diversidad de pareceres que sobre el asunto mantienen sus distintas Secciones.

¹¹⁰ Como señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 540), es claro que también frente al beneficiario estaba el deudor obligado a proporcionar una garantía en la que el garante se obligara a primer requerimiento.

¹¹¹ Entre las más recientes, SSTS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818), de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281), de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279), de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083), de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640), de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436), de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425).

excluidas por las fórmulas generales de inoponibilidad de excepciones.

Dentro de estas excepciones propias de la garantía está en primer lugar la de invalidez de la propia garantía; invalidez, claro está, por causas ajenas a la relación de valuta y sometida al régimen de prueba líquida¹¹². Igualmente son oponibles las excepciones relativas a los presupuestos para la reclamación establecidos en el texto de la garantía: afirmación de incumplimiento, declaración de resolución, acreditación de la reclamación previa al deudor garantizado, presentación de documentos, etc. Y, por supuesto, las que se refieren a los elementos configuradores de esa garantía y que igualmente constarán en el texto de la misma: legitimación, vigencia¹¹³, importe. Entre estas últimas está la del riesgo cubierto, pero su admisión también debe quedar sometida a los estrictos términos de la prueba líquida¹¹⁴. Como se ha señalado¹¹⁵, si el beneficiario declara que reclama porque se ha producido un riesgo distinto al que consta en la garantía, el garante puede oponerse, pero no podrá hacerlo (a salvo la *exceptio doli*) si el beneficiario afirma que se ha producido el riesgo garantizado¹¹⁶.

La literalidad de la garantía, sin embargo, no fue suficiente para justificar la oposición al pago en el caso que dio lugar a la STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860). Se avalaba a primer requerimiento el precio de compras de pescado y marisco y se había establecido que, hasta determinada cantidad, se cubrían los pagos de las facturas que se emitieran determinado día de la semana (el sábado). En lo que a

¹¹² De otro parecer respecto de este último extremo parece ser Busto Lago (2013: 4784 y 4785).

¹¹³ La STS de 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2394) aborda un caso (se trataba de una compraventa internacional) en el que el deudor garantizado solicitaba la declaración de extinción del aval y se trataba de interpretar la convivencia de un plazo cierto de vigencia con una cláusula en la que se señalaba que la garantía duraría hasta que por escrito se liberara al garante (el Tribunal Supremo entiende que semejante cláusula quedaba referida a la posible extinción antes del transcurso del periodo de vigencia establecido).

¹¹⁴ Bustillo Saiz (2014: 118 y 119). Ilustrativa es la SAP Madrid de 29 de septiembre de 2014 (JUR 2014/298280), que estima el recurso contra la sentencia de primera instancia considerando que, a la vista de la literalidad del texto del aval, la garantía sólo cubría los pagos y gastos derivados del desarrollo urbanístico y no el precio de la compraventa.

¹¹⁵ Carrasco Perera (1996: 755).

¹¹⁶ Y esto se proyecta sobre la cantidad de lo solicitado si, habiéndose establecido un máximo, tal cantidad no supera el mismo [Montserrat Valero (2017: 878 y 879) recoge algunas sentencias de instancia en este sentido]. En la STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408), y en lo que ahora nos interesa, se desestima el recurso de casación frente a la sentencia de apelación que había rebajado el importe de lo que debía abonarse al beneficiario. El aval cubría cantidades pendientes de liquidación y, aunque en el mismo se señalaba que era suficiente que al reclamar se manifestara esa falta de liquidación, lo cierto es que en la propia garantía se contemplaba como única excepción oponible el que «la afianzada "obste formalmente el mismo en el término de cinco días naturales... acompañando a esa manifestación el recibo de pago o la liquidación del pasivo reclamado"». Por tanto, y aunque así se consideró, no se trataba propiamente de una garantía a primer requerimiento porque, ante la reclamación del beneficiario, cabía oposición más allá del tenor de la garantía. No es, por tanto, que se terminara aceptando el resultado de una prueba admitida en contra de lo lógica de la garantía autónoma, sino de una prueba perfectamente admisible según el tenor de lo pactado.

nosotros nos interesa, el garante discutía la obligación de pago (la cobertura) de facturas libradas otro día. Sin embargo, desde la primera instancia se rechazó semejante motivo de oposición, argumentándose en la sentencia de casación tanto que «...el señalamiento del día de la semana en que debía expedirse la factura –sábado– no es una condición esencial de la que pueda hacerse desprender la eficacia de la garantía “pues lo pretendido por la voluntad negocial de las partes es que las compras de cada período semanal se reflejen en una factura única al finalizar cada semana”» (FD Tercero) como que ya se habían satisfecho facturas expedidas otros días de la semana.

Poco más sobre el riesgo cubierto encontramos en las decisiones del Alto Tribunal. Desde luego no constituye un ejemplo a seguir la STS de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/8087). Ya nos hemos referido a ella a propósito de la *exceptio doli* y señalado que reconduce aspectos que propiamente se ubican en tal excepción (los relacionados con la relación subyacente) a las excepciones propias de la garantía y en concreto al objeto de la garantía. En el caso se garantizaba el precio de compra de unos teléfonos móviles de determinadas características resultando que se entregó otro tipo de teléfonos. Pues bien, una de las líneas de argumentación del Tribunal Supremo para justificar la oposición del garante a la ejecución de la garantía por parte del beneficiario incumplidor fue que lo garantizado era la entrega de un tipo de móvil y no de otro¹¹⁷. Sin embargo, si se garantiza el buen cumplimiento de la obligación y se entrega otra cosa, el asunto no es reconducible al objeto de la garantía¹¹⁸ sino en todo caso a la *exceptio doli* y sometido, por ello, a los estrictos términos de la prueba líquida (tema en el que tampoco el caso ha de servir de modelo porque en la instancia se admitió prueba).

V. REGRESO Y SUBROGACIÓN

I.- El garante que ha satisfecho el importe de la garantía puede dirigirse en vía de regreso¹¹⁹ contra el ordenante, que no podrá oponer excepciones relacionadas con la

¹¹⁷«No puede, en consecuencia, considerarse vulnerada la jurisprudencia reiterada a que se ha hecho referencia, pues la alegación de la demandada en el sentido de que los teléfonos móviles suministrados por las recurrentes a Diarphone no coincidían con los que fueron objeto del contrato entre Diarphone y Productos Cosméticos y que la reclamación fue fraudulenta no constituye una alegación ajena a la garantía, sino que se refiere a su objeto y al alcance de la obligación del garante» (FD Tercero).

¹¹⁸ Monserrat Valero (217:874 y 875).

¹¹⁹ Ese regreso puede haberse materializado contra una provisión previamente realizada o mediante un cargo en cuenta. Pueden existir igualmente garantías en sentido propio. Sobre el tema, Sánchez-Calero Guilarte (1995: 179 ss.).

relación de valuta¹²⁰: STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5159)¹²¹. Solo cabría oposición si el garante, al satisfacer la garantía, ha incumplido las obligaciones de la relación de mandato/comisión mercantil¹²² que les liga y ello ha determinado un pago al que cabría haberse opuesto con éxito.

En ese genérico enmarque de las obligaciones contractuales del garante frente al ordenante se han de ubicar las valoraciones sobre la obligación de informar del requerimiento de pago por parte del beneficiario y sobre la eventual obligación de oponer la *exceptio doli*. Si no se ha pactado otra cosa, el garante está obligado a comunicar al deudor ordenante la exigencia de pago (arts. 1840, 1719 y 1258 CC, y 260 CCo)¹²³; de hecho, será ese deudor quien, en su caso, le proporcionará la información relevante de cara al planteamiento de la *exceptio doli*. Téngase en cuenta, sin embargo, que, si no se ha acordado, la sola circunstancia de no informar no determina la imposibilidad del regreso, pues solo lo hará si se llega a la conclusión de que, de haber informado, se habría proporcionado información determinante del éxito de la *exceptio*. Por lo mismo, si no se ha excluido por pacto (y semejante efecto no se puede derivar de la sola circunstancia de excluir la obligación de informar), ha de entenderse que, si se dan los elementos configuradores de tal excepción, su planteamiento es obligatorio¹²⁴. Pero repárese que en la anterior afirmación hay una asunción: que la *exceptio doli* habría tenido éxito. De ahí que, no habiéndola opuesto el garante (de ordinario contraviniendo el deseo y las instrucciones de ordenante que, como regla general, se opondrá al pago), esta circunstancia solo podría impedir el regreso si se concluyera que se habría evitado la ejecución de la garantía¹²⁵. Como se ve, si el ordenante cuestiona el regreso no puede evitarse un *juicio* sobre el eventual éxito de la *exceptio doli*. Por esa razón, el pago contra

¹²⁰ Carrasco Perera (1995: 747); Busto Lago (2006: 216; 2013: 4778); Bustillo Saiz (2014: 185).

¹²¹ Se demandaba en regreso a la asegurada (se trataba de un seguro de caución) y a un fiador. En el caso de la SAP Barcelona de 11 de junio de 2019 (JUR 2019/188270) la inoponibilidad de excepciones relativas a la relación subyacente se afirma respecto de la reclamación contra el deudor por parte de un fiador que había afianzado el pago frente al banco garante a primer requerimiento.

¹²² Sobre la *naturaleza* de la relación y el contenido de la misma: Sánchez-calero Guilarte (1995: 148 ss.); San Juan Crucelaegui (2004: 236, 237, 551 y 552); Busto Lago (2006: 200 ss.; 2013: 4772 ss.); Bustillo Saiz (2014: 181 ss.).

¹²³ Busto Lago (2006: 206 ss.); Espigares Huete (2006: 267 ss.); Sánchez-Calero Guilarte (1995: 216, 364-367, 403 y 404).

¹²⁴ Busto Lago (2006: 210 y 211); Espigares Huete (2006: 271).

¹²⁵ De ello partía la STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365) al señalar «...para el caso de que, de acuerdo con el texto de la garantía, no obstante pagara al beneficiario, la posible reclamación de la contragarantía contra el ordenante-avalado...tendría la posibilidad de oponerse al pago, oposición que encontraría su fundamento en no haber actuado el banco avalista de buena fe, conocedor de la nulidad de pleno derecho por dolo de la relación subyacente, declarada firme» (FD Quinto).

una medida cautelar tampoco puede ser una razón que, por sí sola, obste el regreso de modo definitivo.

A la misma conclusión, en lo que hace a la obligación de su planteamiento, ha de llegarse respecto a las excepciones relativas a la propia garantía¹²⁶. No cabría regreso: si se paga tras expirar la garantía, a quien según el texto de la garantía no estaba legitimado para ejecutarla, más del importe consignado (por el exceso), o sin que concurren los presupuestos de reclamación establecidos.

Si no se ha pactado otra cosa, el importe del regreso se determinará de acuerdo a lo establecido en el art. 1838 CC¹²⁷.

II.- El garante que ha satisfecho la garantía goza de subrogación en los derechos del beneficiario¹²⁸. No hay ninguna razón para negar semejante efecto en una garantía autónoma. Se ha argumentado que la subrogación legal requiere que se pague una deuda ajena¹²⁹, pero es claro que no es así pues el fiador cumple una obligación propia y cuenta con subrogación (art. 1839 CC). Lo determinante es que se extinga una obligación ajena¹³⁰, y esto es lo que ocurre cuando el garante paga (con independencia de que se trate de una garantía autónoma o accesoria).

VI. LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR CONTRA EL BENEFICIARIO QUE HA COBRADO INDEBIDAMENTE

¹²⁶ Busto Lago (2006: 210 y 214).

¹²⁷ Sánchez-Calero Guilarte (1995: 182 ss.); NUÑEZ ZORRILLA (2001: 276); Espigares Huete (2006: 318 y 319); Bustillo Saiz (2014: 182). En lo que hace al *dies a quo* para el devengo de los intereses de la cantidad pagada, también procede el criterio del art. 1838 CC frente al de los arts. 1728 III CC y 278 CCo, pues una actuación diligente del garante requiere la comunicación del pago al deudor garantizado [Galicia Aizpurua (2023:21)].

¹²⁸ Carrasco Perera (1992: 57 y 58); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2001: 276 y 277); San Juan Crucelaegui (2004: 553 y 554); Adame Martínez (2005: 634); Espigares Huete (2006: 318, nota 631); Bustillo Saiz (2014: 179, 184). En general se asume que la subrogación resulta una vía diferente al regreso, de suerte que, siguiendo la literalidad del art. 1212 CC, al garante se le transmitirían no solo los anexos al crédito del beneficiario sino el propio crédito. Con buenos argumentos, sin embargo, se mantiene [por todos, Galicia Aizpurua (2023: 42 ss.)] que no se trata de una vía alternativa al regreso sino de que en ese regreso (con el contenido del art. 1838 CC) el garante pueda contar con los anexos que tenía el crédito del beneficiario contra el deudor.

¹²⁹ Busto Lago (2006: 218 y 219; 2013: 4779 y 4780). Al argumento consignado en el texto, añade Sánchez-Calero Guilarte (1995: 198 y 199) el carácter indemnizatorio del pago del garante y que difícilmente puede admitirse que el pago suponga la liberación del deudor ni la plena satisfacción del interés del acreedor en la obligación principal. Es claro, sin embargo, que ello se ha de admitir en la misma medida que se hace en una garantía accesoria.

¹³⁰ Defiende Galicia Aizpurua (2023: 34 ss.) que la subrogación solo le correspondería al garante que fuera gestor contractual o cuasicontractual del deudor, lo que llevaría a excluirla en los casos de garantía en contra de la voluntad del deudor o en exclusivo interés del fiador.

I.- Ya hemos adelantado que es en este punto en el que en Alemania ha terminado por sustanciarse la diferencia, en cuanto a sus efectos, entre una garantía a primer requerimiento y la fianza a primer requerimiento. En la garantía, el garante *que ha pagado bien* solo se puede dirigir en regreso contra el deudor garantizado¹³¹. Será este quien después, y si de acuerdo a las contingencias de la relación subyacente al beneficiario no le correspondía ver satisfecho su interés, se podrá dirigir contra el mismo. Las vías para hacerlo serían bien una reclamación contractual con fundamento en la relación subyacente o bien por enriquecimiento sin causa.

Habrá pagado bien el garante que no podía oponerse al pago. Y la razón de que no se pueda dirigir contra el beneficiario que ha cobrado indebidamente según la relación de valuta se ve en que ello significaría que, finalmente, sí podrían hacerse valer frente a tal beneficiario circunstancias relativas a tal relación y, de este modo, se quebraría la independencia. Solo cabría una reclamación del garante contra el beneficiario por cobro de lo indebido en los casos en los que el garante hubiera pagado mal. Son los supuestos en los que habría podido, y debido, oponerse al pago y no lo ha hecho, y en los que precisamente por ello no procede el regreso.

En la fianza a primer requerimiento¹³², sin embargo, el garante podría dirigirse tanto contra el garantizado (si procede el regreso) como contra el beneficiario¹³³. Contra este último podría hacerlo porque la inoponibilidad de excepciones no era permanente (y ello se ve como una consecuencia de que al fin y al cabo la fianza sigue siendo accesoria).

II.- Como ya se ha dicho, a la hora de perfilar el *régimen típico* de lo que habitualmente se denomina aval a primer requerimiento, la práctica totalidad de la doctrina española (sea por influjo de la alemana o de la italiana) se inclina por adoptar el modelo de la *Garantie* (lo que se denomina concepción material de la garantía a primer requerimiento¹³⁴). Así, en algunos casos se descarta la repetición por parte del garante contra el beneficiario¹³⁵, en otros se considera que solo estaría legitimado si hubiera pagado mal (y, por tanto, no cupiera el regreso contra el deudor garantizado)¹³⁶, o también

¹³¹ Habersack (2020.a: Rn 30 y 31).

¹³² Habersack (2020.b: Rn 112 y 113); Stürmer (2020: Rn 38).

¹³³ El fundamento se ve en sea el contrato de fianza [Habersack (2020.b: Rn 112)], sea en el enriquecimiento [Stürmer (2020: Rn 37)].

¹³⁴ Busto Lago (2006: 131-133 y 232); Espigares Huete (2006: 106).

¹³⁵ Infante Ruiz (2004: 554 y 572).

¹³⁶ Espigares Huete (2006: 321-323); Díaz Moreno (2005: 105); Bustillo Saiz (2014: 184 ss.). Posiblemente habría que ubicar aquí a Sánchez-Calero Guilarte (1995: 402) y a San Juan Crucelaegui (2004: 554).

se defiende que, además de en estos supuestos, cabría dirigirse contra el beneficiario si no fuera posible el regreso por insolvencia del ordenante¹³⁷.

Resulta comprensible que la muy considerable producción doctrinal existente en Alemania e Italia en torno al contrato de garantía influyera de manera tan determinante en una doctrina española en cuyos documentados trabajos se encuentra detallado reflejo de tal producción. Pero, como se ha dicho¹³⁸, resulta innecesario asumir tal construcción, pues nada añade a la finalidad de una garantía autónoma que el garante (que ciertamente de ordinario va a obtener satisfacción del garantizado¹³⁹ o gozará de contragarantías), no pueda, en su caso, dirigirse¹⁴⁰ contra el beneficiario. Ya vimos que el que pueda hacerlo es lo que se ha descrito como concepción procesal de la garantía o modelo de *solve et repete*¹⁴¹: la inoponibilidad de excepciones relacionadas con la relación garantizada operaría frente a la reclamación del garante, pero la improcedencia de fondo de la reclamación del acreedor podría hacerse valer después por el propio garante. La falta de accesoriedad sería, por tanto, provisional y no definitiva.

Lo que aquí se mantiene no se vincula a la tipicidad o atipicidad. Hemos señalado que no se ve inconveniente en hablar de fianza no accesorial, pero el que la garantía autónoma se sitúe en el ámbito de la atipicidad no es razón para importar la denominada concepción material¹⁴². Y menos razón hay todavía para construir dos modelos de garantía autónoma¹⁴³.

Bibliografía

¹³⁷ Núñez Zorrilla (2001: 282). A la posibilidad de reclamación contra el beneficiario solo cuando no quepa el regreso por insolvencia del ordenante se refiere Busto Lago (2006: 216).

¹³⁸ Señalan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 518) con argumentos reproducibles para las garantías internas: «Lo determinante de estas garantías es que el beneficiario cobre antes de discutir los extremos relevantes, Pero no tiene que ver con las exigencias del tráfico internacional el que el legitimado para recuperar posteriormente el pago indebido sea el garante o el deudor de la relación subyacente. Tal cuestión es indiferente para la funcionalidad de la gpr».

¹³⁹ Si se admite la posibilidad de que el garante pueda dirigirse igualmente contra el beneficiario, mantienen Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 517) que el deudor que ha pagado en regreso, además de con las acciones de la relación subyacente y de enriquecimiento sin causa [este es el fundamento en la SAP Zamora de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/152018)], contaría con la del propio garante vía cesión del crédito.

¹⁴⁰ Dispondría alternativamente de ambas acciones: Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022:517).

¹⁴¹ Carrasco Perera (2000: 994); Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (2022: 517 y 518).

¹⁴² Otra cosa es que, si se asume como *prius* esa concepción (que es lo que aquí se discute), la atipicidad venga prácticamente obligada.

¹⁴³ Distinto sería que expresamente se pacte la imposibilidad de que el garante pueda repetir contra el beneficiario.

- ADAME MARTÍNEZ, M. A. (2005): “Comentario a la STS de 28 de mayo de 2004”, *CCJC*, 68 (pp. 621-636).
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (1996): “Las bases dogmáticas de las garantías bancarias”, *RCDI* (pp. 1799-1866).
- BUSTILLO SAIZ, M^a del M. (2014): *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Comares, Granada.
- BUSTO LAGO, J.M. (2006): *Las Garantías Personales Atípicas en el Ordenamiento Jurídico Español*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013): “Contrato de garantía a primer requerimiento”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. (dir.): *Tratado de Contratos*, T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 4719-4811).
- (2019): “Accesoriedad de aval a primer requerimiento vinculado al contrato subyacente. Comentario a la STS de 5 de abril 2019”, *CCJC*, 111 (pp. 287-308).
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J. (1994): “Interpretación de las cláusulas ‘a primera demanda’ en los contratos mercantiles”, *RDBB*, 54 (pp. 393-424).
- CARRASCO PERERA, Á. (1992): *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, Madrid.
- (1996): “Las nuevas garantías personales”, en NIETO CAROL, U. y BONET SÁNCHEZ, J. I. (coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Vol. 1, Civitas, Madrid.
- (2000): “Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000”, *CCJC*, 54, 986-998.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022): *Tratado de los Derechos de Garantía*, T. I, 4^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- CASTILLA BAREA: (2013): “Comentario al art. 1826 CC”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 12499-12510).
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971): *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid (reedición facsímil: Civitas, Madrid, 1985).
- DÍAZ MORENO, A. (1993): “Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales”, *RDM*, 207 (pp. 151-205).
- (1996): “Nota introductoria acerca de la Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes”, *RDBB*, 64 (pp. 1013-1068).
- (2005): “Reglamentación uniforme sobre los contratos de garantía”, en ANGULO RODRÍGUEZ, L., CAMACHO DE LOS RÍOS, J., HOYOS ELIZALDE, C. (dirs.): *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, Atelier-Fundación Mapfre, Barcelona.
- ESPIGARES HUETE, J. C. (2006): *La garantía «A primer requerimiento». Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (2015): “Comentario a la STS de 17 de julio de 2014”, *CCJC*, 97 (pp. 459-489).
- (2021): “Las garantías ‘a primer requerimiento’, independientes o autónomas: vuelta a la irrelevancia de la cláusula de pago a ‘primer requerimiento’”, en CAMACHO DE

- LOS RÍOS, J., ESPIGARES HUETE, J. C. y VELASCO FABRA, G. (dirs.): *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 143-201.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2023): “El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal”, *ADC*, fasc. I (pp. 7-76).
- GÓMEZ-BLANES, P. (2008): *El principio de accesoriedad en la fianza*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- HABERSACK, M. (2020.a): “Vor § 765 BGB“, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV §§ 705-853*, 8ª ed., C.H. Beck, München.
- (2020.b): “BGB § 765 BGB Vertragstypische Pflichten bei der Bürgschaft“, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV §§ 705-853*, 8ª ed., C.H. Beck, München.
- HERNÁNDEZ MENI, I. (2021): “La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas”, *RDC*, 4 (pp. 125-159).
- INFANTE RUIZ, F.J. (2004): *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2008): “Comentario a la STS de 1 de octubre de 2007”, *CCJC*, 76 (pp. 415-440).
- MARIMÓN DURÁ, R (2021): “La garantía independiente o a primer requerimiento”, en MARQUÉS MOSQUERA, C. y DE LA CÁMARA ENTRENA, B. (coord.): *Las garantías en el Derecho mercantil: problemática actual*, Fundación Notariado, Madrid (pp. 211-262).
- MONSERRAT VALERO, A. (2017): *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2001): “Accesoriedad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000)”, *RDM*, 240 (pp. 673-699).
- NÚÑEZ ZORRILLA, Mª del C. (2001): *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (1995): *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, J. (2004): *Garantías a Primera Demanda: Contratación Internacional e Interna*, Thomson Civitas, Madrid.
- STÜRNER, M. (2020): “Vorbemerkung zu §§ 765 ff“, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 765-778 (Bürgschaft)*, Otto Schmidt/De Gruyter, Berlin.

Relación jurisprudencial

1.- Tribunal Supremo

STS de 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4209).

STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7878)

STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464)
STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/ 2693)
STS de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/8584)
STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162)
STS de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/2314)
STS de 5 de julio de 2000 (RJ 2000/6010)
STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10438)
STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001/5119)
STS de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9304)
STS de 5 de julio de 2002 (RJ 2002/8225)
STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408)
STS de 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860)
STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004/3553)
STS de 1 de octubre de 2007 /RJ 2007/8087)
STS de 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2394)
STS de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009/5711)
STS de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2010/271)
STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013/2153)
SSTS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014/1425)
STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014/1436)
STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014/4365)
STS de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/4640)
STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4083)
STS de 26 de marzo de 2015 (RJ 2025/2347)
STS de 19 de mayo de 2016 (RJ 2016/2279)
STS de 21 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5651)
STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019/1281)
STS de 25 de octubre de 2019 (RJ 2019/3676)
STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021/370)
STS de 31 de mayo de 2023 (JUR 2023/246818)

2.- Audiencias Provinciales

SAP Zaragoza de 13 de mayo de 1998 (AC 1998/5780)
SAP Zamora de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/152018)
SAP Madrid de 29 de septiembre de 2014 (JUR 2014/298280)
SAP Barcelona de 11 de junio de 2019 (JUR 2019/188270)
SAP Barcelona de 21 de noviembre de 2022 (ECLI:ES: APB: 2022:12237)
AAP Bizkaia de 8 de octubre de 2021 (ECLI:ES: APBI: 2021:1672)
AAP de Madrid de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES: APM: 2022:5582)