

Las dificultades del Tribunal Supremo con las garantías a primer requerimiento

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El Tribunal Supremo (TS) no termina de sentar una doctrina clara y coherente en materia de garantías a primer requerimiento. Es cierto que sus manifestaciones de principio resultan, en su mayoría y en términos generales, ajustadas a lo que podríamos denominar la "doctrina ortodoxa" en la materia. El TS, en efecto, parece conocer y es capaz de enunciar los principios básicos de la disciplina de dicha figura. Sin embargo, cuando llega el momento de trasladar esa "teoría" a los supuestos concretos que ha de resolver se mueve por veredas argumentales discutibles y no siempre perfectamente congruentes con las premisas de las que parte.

La reciente Sentencia de la Sala 1ª de 17 de julio de 2014 [JUR 2014\204582] constituye, en mi opinión, una muestra sobresaliente de las dificultades que encuentra el TS para reconstruir adecuadamente el régimen jurídico de los avales a primera solicitud. En efecto, veremos a continuación como, de una parte, en dicha STS se formulan –reiterando lo dicho en numerosas resoluciones previas– una serie de observaciones en torno a la configuración de este tipo de garantías que se traducen en reducir la relevancia de las cláusulas "a primer requerimiento" a la producción de una mera inversión de la carga de la prueba (lo que mina o compromete la solidez y la fiabilidad de la garantía a primera demanda en cuanto instrumento destinado a permitir una rápida liquidación –provisional, en su caso– de la situación en favor del beneficiario). Pero, al mismo tiempo, el TS termina por dictar un fallo que atribuye a este tipo de garantías personales una efectividad e incontestabilidad que

supera lo que podrían esperar los más decididos defensores de la independencia del compromiso asumido por el garante (llegando a hacer responsable al emisor de la garantía en hipótesis en las que, probablemente, no debía serlo). La mencionada STS de 17 de julio de 2014 ofrece, por tanto, un buen ejemplo de cómo pueden incorporarse en una misma resolución reflexiones discutibles y acumularse argumentos contradictorios, traducidos después en decisiones que, finalmente, resultan difícilmente compartibles.

2. De una parte, la Sentencia de 17 de julio de 2014 señala –reproduciendo al efecto pasajes de resoluciones previas de la Sala 1ª– que la independencia del aval a primer requerimiento implica que "*el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que*

El obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, artículo 1258 del Código Civil, se permite 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 de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal...". De esta forma el TS afirma en primer término la inoponibilidad de excepciones derivadas de las relaciones subyacentes (de la de provisión de fondos y de la de valuta) para, seguidamente, desdeirse

de ese principio y admitir, *en aras de la buena fe*, que se pueda esgrimir una típica excepción causal, como es la extinción del crédito garantizado. Y todo ello al mismo tiempo que se señala enfáticamente que en este tipo de garantías *"su validez y eficacia no se hace depender de la validez y eficacia del negocio subyacente. Como garantía abstracta que es, el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario"*

En suma: después de proclamar que en las garantías autónomas el garante no puede oponer al beneficiario las excepciones que correspondieran esgrimir al deudor principal, y de insistir sobre la independencia de la obligación el garante, el TS –siguiendo pronunciamientos anteriores similares, cuando no idénticos (entre otras, SSTs de 17 de febrero de 2000, 28 de mayo de 2004, 27 de septiembre de 2005, 4 de diciembre de 2009)– incurre en la contradicción de reducir el rasgo definitorio propio de esta figura a una simple inversión del *onus probandi*, permitiendo al garante hacer valer excepciones derivadas de la relación subyacente (y, más concretamente, su extinción por cumplimiento).

En realidad, y sin embargo, en las garantías independientes el garante está obligado a realizar el pago sin poder oponer excepción alguna derivada de la relación subyacente que vincule al deudor con el acreedor (excepción hecha de que venga en aplicación la *exceptio doli*). Los enriquecimientos injustificados – que se producirían, por ejemplo, si se hubiera cumplido correctamente la obligación garantizada– se han de evitar mediante el ejercicio posterior de acciones por parte del deudor. Y esto nada tiene que ver con una simple inversión de la carga de la prueba. No se trata de que no pese sobre el beneficiario la carga de probar el incumplimiento del deudor. Lo que sucede es que el garante no está autorizado a discutir este extremo y, por tanto, no está facultado para proponer prueba sobre el mismo. Por tanto, la cláusula de pago a primer requerimiento produce, tanto en las garantías accesorias como en las independientes, una suerte de inversión de las posiciones procesales, debiendo ejercer como actor quien, en otro caso, sería demandado. Como se ha dicho con precisión (CARRASCO), la cláusula de pago "a primera solicitud" no comporta una simple inversión de la carga de la prueba del

cumplimiento/incumplimiento, sino una inversión de los costes de pleitear, que se trasladan al garante o al deudor, quienes deberán reclamar *ex post*, un vez que el beneficiario haya recibido el pago. Una mera inversión del *onus probandi* no impediría al fiador oponer excepciones "causales", ni abrir el debate sobre estos extremos; constituiría, sencillamente, una regla para determinar a quién perjudicaría la falta de prueba sobre el hecho del cumplimiento o incumplimiento.

3. Pero, al mismo tiempo que se vierten manifestaciones como las que se acaban de exponer, la STS de 14 de julio de 2014, ahora comentada, atribuye a la obligación del garante un grado de desconexión con respecto a la obligación subyacente que no puede sino ser calificado de excesivo.

Ciertas afirmaciones genéricas de la sentencia no son, en sí mismas y descontextualizadas, objetables. Así, se puede estar en principio de acuerdo en que, en las garantías a primer requerimiento, *"el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario"*; y también cabe aceptar que al garante siempre *"se le deja la posibilidad de ejercitar la exceptio doli o límite al ejercicio abusivo del derecho"*. De igual forma podría convenirse 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"* y en 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"*.

Ahora bien, en el caso concreto el Juzgado de Primera Instancia (en resolución confirmada por la Audiencia Provincial) había fallado lo siguiente: (a) que no era exigible del deudor el cumplimiento de la obligación garantizada (el pago de parte del precio de una compraventa). Se declaró, en concreto, el derecho de la compradora a suspender el abono de la parte de precio pendiente de pago en tanto no se hiciera cesar la perturbación sufrida por ella o se afianzara la devolución por el vendedor (beneficiario inicial de la garantía) de la

parte del precio ya percibida; (b) que se condenaba al garante a suspender el pago del aval a primera solicitud prestado para asegurar el pago de la cantidad pendiente en tanto no se hiciera cesar la perturbación o se afianzara la devolución por el vendedor de las cantidades recibidas.

Este pronunciamiento fue confirmado en su primera parte por el Tribunal Supremo, que sólo casó parcialmente la sentencia recurrida para declarar no haber lugar a la suspensión del pago del aval por el garante. De ahí la perplejidad que suscita el fallo del Alto Tribunal: si se reconoce y se declara –de manera firme, tras un proceso judicial– que el deudor no está obligado a pagar de conformidad con el negocio subyacente no parece posible, al mismo tiempo, declarar que el garante sí está obligado a hacerlo. La conclusión, en efecto, no parece sostenible, ni desde el punto de vista estrictamente jurídico-formal, ni desde una lógica material o económica.

3.1. En efecto, si el deudor tiene derecho a no pagar según el contenido de las relaciones subyacentes (de manera definitiva o temporal) habrá que entender que, en los mismos términos, la garantía prestada resultará inexigible. Carece de sentido declarar que el deudor no está obligado y no extender la misma afirmación al garante. Por mucho que la garantía sea independiente y no accesoria.

Ello no quiere decir, por supuesto, que no rija la regla de la inoponibilidad de excepciones propia de las garantías independientes. El garante no puede –en principio– oponer excepciones derivadas del negocio subyacente. Pero esta regla tiene el sentido de permitir al beneficiario (acreedor) obtener de manera rápida y sin discusiones el importe de la garantía siempre que presente una reclamación conforme con sus términos y condiciones, dejando para un momento posterior la discusión sobre si tenía o no derecho en el marco de la relación subyacente. Ahora bien, *cuando esta discusión ya se ha producido en un juicio plenario con el resultado de negar este derecho al beneficiario*, no puede aceptarse que la regla siga jugando en términos absolutos.

Si se prefiere puede recurrirse para fundamentar lo expuesto a la idea de que en las garantías independientes queda siempre a salvo la oponibilidad de la *exceptio doli*: en caso de que el pago de la garantía sea reclamado de manera abusiva se restablece el vínculo de accesoria entre la obligación del garante y la garantizada y aquél estará autorizado a no pagar. La doctrina y los tribunales han venido admitiendo la existencia de supuestos en los que el emisor puede lícitamente denegar el pago basándose en circunstancias ajenas a su propia obligación de garantía. En general se trata de situaciones en las que es apreciable un componente de fraude o de abuso de derecho o, como a veces se dice, de casos en los que la reclamación de la garantía resulta manifiestamente infundada. En tales circunstancias, se argumenta, la naturaleza independiente de la garantía no puede amparar el éxito de pretensiones abusivas o fraudulentas. El pensamiento más generalizado señala que, como norma excepcional, cuando la reclamación carece de forma evidente y palmaria de cualquier fundamento ha de ser considerada indebida y no tiene que ser atendida. Naturalmente, la cuestión de la excepción de fraude o de abuso ha de ser manejada con mucha cautela. Debe observarse que reconocer al garante la posibilidad de hacer valer frente a la solicitud del beneficiario circunstancias relativas a la relación subyacente que vincula a éste con el deudor supone, a fin de cuentas, poner en cuestión la naturaleza independiente de la garantía. De ahí que el tratamiento de la excepción de abuso deba venir presidido por un enfoque marcadamente restrictivo.

El problema estriba, naturalmente, en determinar cuando una reclamación es manifiestamente abusiva y cuando, por tanto, puede considerarse justificada la denegación del pago. Pues bien, dentro de campo de indeterminación en el que forzosamente hay que moverse al abordar estas cuestiones, parece existir cierto acuerdo en que el garante deberá denegar el pago, y lo hará lícitamente, cuando

el carácter abusivo de la reclamación esté más allá de cualquier duda, cuando sea un hecho evidente o notorio o cuando el garante se encuentre en condiciones de demostrar plenamente que la reclamación es abusiva mediante la aportación de una prueba totalmente "líquida" (la sentencia firme que declare inexigible la obligación subyacente, por ejemplo). No se trata, por tanto, de autorizar al garante para discutir el cumplimiento de su obligación aduciendo circunstancias relativas a la operación subyacente y pretendiendo desarrollar una actividad probatoria compleja. Salvo que la naturaleza indebida de la demanda sea tan palmaria que no pueda ser obviada, el garante deberá hacer honor a su compromiso y dejar que sea después el ordenante quien reclame del beneficiario lo que resulte pertinente de acuerdo con las relaciones que les vinculen.

Pues bien, en nuestro caso parece claro que la declaración judicial que determina –de manera firme– la inexigibilidad de la obligación del deudor ha de ser considerada evidencia suficiente del carácter abusivo y falta de fundamento de un eventual requerimiento de pago dirigido contra el garante (*dolo facit qui petit quod redditurus est*). Por lo que éste siempre podría hacer valer tal circunstancia (*exceptio doli*) contra el beneficiario que, de manera nítidamente abusiva, pretendiera hacer efectiva la garantía. De ahí que –una vez admitida y no discutida la legitimación activa del deudor para plantear ante los tribunales la correspondiente pretensión y una vez declarada la falta de derecho del beneficiario en la relación subyacente– debió haberse confirmado por el TS la condena del garante a suspender el pago del aval.

3.2. Por otra parte, y desde el punto de vista de los resultados prácticos, resulta difícil de entender que se pretenda que el garante se mantiene vinculado por la garantía en las circunstancias descritas. En efecto, el fallo de la STS de 14 de julio de 2014 (no hay lugar a la suspensión del pago del aval) puede significar una de estas dos cosas: bien que se mantiene viva la posibilidad del beneficiario de requerir el pago sin perjuicio de la facultad del garante de oponer como excepción la carencia de fundamento de la reclamación (si ésta se efectuara sin haber cesado la perturbación o haberse afianzado la devolución de las cantidades percibidas), bien que se estima que el garante no podrá oponer tal excepción dado el carácter independiente de su compromiso y que deberá atender la garantía.

Si fuera lo primero (y no parece ser lo que ha pretendido afirmar el TS) la situación generada sería la misma –quizás después de otro litigio– que se hubiese producido –con ahorro de tiempo y costes– si el TS hubiese confirmado la sentencia de segunda instancia (el garante debería no pagar y, si lo hiciera, no podría reembolsarse del deudor). Si el sentido de la Sentencia comentada fuera el segundo (hipótesis que resulta plausible), y supuesto el carácter injustificado y abusivo de la reclamación de pago realizada, el deudor podría luego hacer valer sus derechos contra el beneficiario para reclamar de éste lo que, con arreglo a la relación subyacente, hubiera cobrado de forma indebida. Una vez más, el resultado final sería equivalente –después de muchas "idas y venidas"– a lo que derivaría de las sentencias de instancia si hubieran sido confirmadas.