

---

# Las excepciones del garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español

*Mateo Sánchez García\**  
*Javier Quicaño Rodríguez\*\**

## Resumen

Se puede definir la garantía a primer requerimiento o a primera demanda como una garantía atípica por medio de la cual el garante (generalmente un banco) se compromete de un modo autónomo y automático a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía (acreedor en virtud de una relación jurídica autónoma con un sujeto, ordenante de la garantía), tan pronto como el beneficiario la reclame, sin que pueda el garante oponer excepción alguna fundada en la relación entre el acreedor (beneficiario) y el deudor (ordenante).

*Palabras clave:* Garantía a primer requerimiento, España.

## Abstract

We can define a guarantee on a first demand like an atypical guarantee through which the guarantor (usually a bank) in a autonomous and automatic way pays an amount of money to the beneficiary of the guarantee (creditor under an autonomous legal relationship with a subject originator of the collateral) as soon as the beneficiary claims it, with-

---

\* Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Doctorando en Derecho Europeo, Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Máster en Contratos de la misma universidad. Abogado de la Universidad del Rosario. Profesor Asociado de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Publicaciones Recientes: "La cesión del contrato en Colombia: una aproximación desde el Derecho Comparado" en la *Revista Análisis Internacional* (2010, vol. 2) de la Universidad Jorge Tadeo Lozano; "Oralidad no es sinónimo de celeridad: a propósito del proceso europeo de escasa cuantía" en la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* Edición 36 (2010). Correo electrónico: mateo.sanchez@utadeo.edu.co

\*\* Máster en Derecho Empresarial y Máster en Derecho de Contratos. Experto en derecho regulatorio, mercantil, societario, civil, laboral, contractual y administrativo; Gerente de Asuntos Legales y Regulatorios de Coca Cola Company e Inca Kola. Correo electrónico: javiereqr@hotmail.com

out the possibility for the guarantor to oppose any exceptions based on the relationship between the creditor (beneficiary) and the debtor (payer)

*Keywords:* Demand guarantees, Spain.

## Introducción

De una manera general y específica abordaremos las principales cuestiones surgidas en torno a la figura de la garantía autónoma, sobre todo a lo concerniente a las excepciones del garante frente al beneficiario.

En la práctica comercial, española e internacional, es más común encontrarse con la presencia de garantías personales emitidas con la particularidad de incluir entre las condiciones para hacerse efectiva, la de efectuarse el pago de la correspondiente cantidad *a primer requerimiento* del beneficiario. Esta cláusula, con igual frecuencia, viene acompañada de otras como la de prestarse con carácter solidario o con renuncia del garante a cualquiera de los beneficios y específicamente a los de orden, división y excusión de bienes del avalado; pero la novedad reside no tanto en estas últimas cláusulas, con vinculación originaria a la concepción tradicional de la fianza, sino en la referida cláusula de pago *a primer requerimiento*.

Más allá de la fianza, desde hace años nació una nueva forma de garantía personal atípica y conocida, en su diversidad terminológica, como “garantía autónoma”, “independiente”, “abstracta”, “a primer requerimiento” o “garantía a demanda”. Cerdá (1991, 18) reparó ya en su doctrina la ausencia de una denominación universalmente aceptada, así como en la fuente de confusión derivada de esta diversidad.

Esta confusión es aún mayor debido a la mención indistinta en el texto de la garantía de elementos o conceptos propios de las modalidades tradicionales y actuales de garantía: se habla sin precisión, por ejemplo, de aval, fianza o garantía “a primer requerimiento”, de avalar, afianzar o garantizar “a primer requerimiento”, o de avalista, fiador o garante. En cualquier caso, ha sido la doctrina privatista la que trata de proporcionar sustento dogmático a tales garantías, una vez admitidas en el sistema español por las exigencias del comercio internacional, ámbito donde adquirieron su pleno desarrollo.

De esta manera, junto a las garantías personales reguladas en el derecho español positivo (fianza, civil o mercantil, seguro de caución, seguro de crédito y aval cambiario), han ido apareciendo en la práctica española otros mecanismos de garantía personal carentes de regulación específica contruidos en base a instituciones y principios generales e importados en muchos casos de prácticas extranjeras.

### 1. ¿Por qué y cómo nace la garantía autónoma?

a) La normativa tradicional del contrato de fianza es insuficiente para asegurar los altos riesgos económicos que implican las grandes obras de construcción, las compraventas

internacionales, etc. Pensemos, por ejemplo, en las características de la fianza, la cual impone su anulabilidad cuando la obligación principal también lo es; o que se permita al fiador oponer las mismas defensas que el deudor tenía contra el acreedor, etc. Estas normas son escasamente funcionales en el comercio internacional, ámbito en el cual se necesitan garantías adecuadas para tal fin.

Por eso en la práctica bancaria comenzaron a generalizarse cláusulas de este tenor: el fiador está obligado a pagar inmediatamente al banco, frente a la simple demanda escrita, aun en caso de oposición del deudor, de todo cuanto debe por capital, intereses, gastos, etc.; la fianza mantendrá su valor aunque la obligación principal sea inválida, etc.

Las garantías bancarias autónomas son el producto de nuevas realidades económico-financieras: las crecientes necesidades de financiamiento, que exigen mantener activas las sumas líquidas para nuevas inversiones; en los contratos internacionales, el riesgo adicional de la aplicación de normas desconocidas para el contratante; la velocidad de los intercambios (contrario sensu a la lentitud de las decisiones judiciales); el ocultamiento de algunas operaciones, no siempre cristalinas, etc. La construcción de grandes obras o la importación de tecnología, entre otras, normalmente implican una cadena de negocios coligados; no hay un contrato único, sino un verdadero conjunto o complejo de contratos de naturaleza diferente (contratos de obra pública, de suministro, de financiamiento, de garantía y de contragarantía, etc.). Las garantías que aseguran el cumplimiento de cada uno de ellos no pueden estar coligadas, por lo cual es necesario independizarlas para generar mayor seguridad. Sin embargo, la autonomía y la accesoriedad son conceptos relativos que admiten diferentes niveles y de allí las grandes discrepancias sobre los efectos de esta nueva figura.

b) Los estudios jurídicos sobre el tema se elaboraron y desarrollaron en primer lugar en Alemania y luego se extendieron a toda Europa.

c) Los países del *common law* muestran una interesante evolución de la figura, motivada, en la legislación norteamericana, porque los bancos tenían prohibido garantizar deudas de otro, lo que los obligó a utilizar el crédito documentario (*letter of credit*) como subterfugio sustitutivo.

## 2. Definición

Podemos definir la *garantía a primer requerimiento* o *a primera demanda* como una garantía atípica por medio de la cual el garante (generalmente un banco) se compromete de un modo autónomo y automático a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía (acreedor en virtud de una relación jurídica autónoma con un sujeto, ordenante de la garantía), tan pronto como el beneficiario la reclame, sin que pueda el garante oponer excepción alguna fundada en la relación entre el acreedor (beneficiario) y el deudor (ordenante).

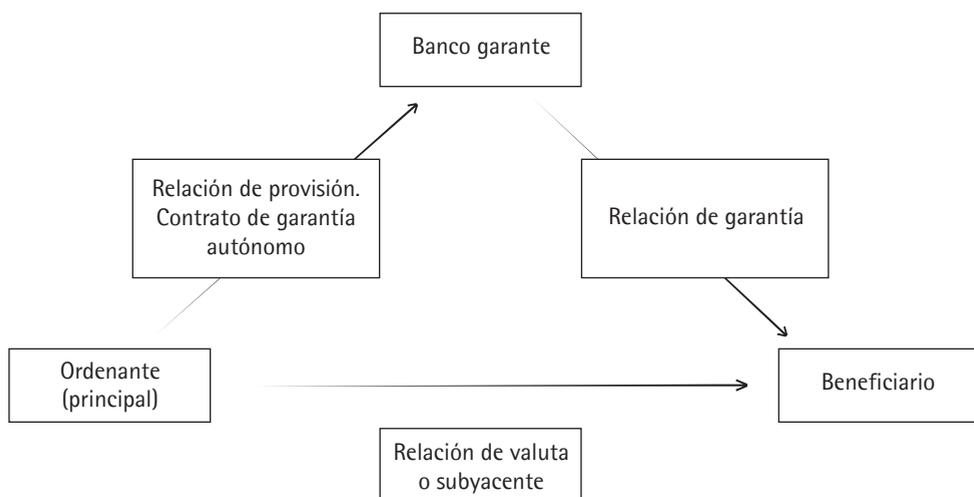
Se debe tener en cuenta que esta actividad caucional es desarrollada tanto por los bancos como por las compañías de seguros. En España es a través del seguro de caución donde se encuentran los primeros casos de garantías emitidas “a primer requerimiento”. De hecho, la doctrina actual del Tribunal Supremo sobre estas garantías se inicia en sentencias que tienen por objeto un seguro de caución.

Esta práctica contractual es el resultado de una utilización de la fianza que fuerza sus reglas y altera los límites a favor del acreedor, escapa de los moldes de la fianza tradicional y su aparición está justificada por la dificultad que la accesoriedad de la fianza supone para el tráfico mercantil. El resultado fue el inicio de una corriente jurisprudencial en países de la Unión Europea, tendiente a admitir la existencia de garantías personales no accesorias, aun cuando ello supusiese alterar el esquema esencial del concepto clásico de las mismas (Camacho, 1994, 32).

Asimismo, cabe mencionar que “en efecto, se trata de un contrato concertado con la finalidad de garantizar, bien la ‘adecuada ejecución’ de las obligaciones derivadas de un contrato subyacente por el ordenante de la garantía (*performance bond*), bien que el oferente (ordenante de la garantía) realiza a la contraparte garantizada una oferta de contrato seria y que no la va a revocar antes de que el comitente (beneficiario de la garantía) tome una decisión al respecto (o bien la oferta caduque sin haber sido aceptada tempestivamente y en la forma debida) y, en caso de aceptación de la misma, a estipular el contrato (*bid bond*), bien la restitución por la parte del ordenante de las sumas que le hayan sido anticipadas por el beneficiario con ocasión de la ejecución del contrato principal (*advanced payment bond*), bien, por último, que el ordenante cumpla las obligaciones de mantenimiento adecuado de la obra realizada (*maintenance bond*), obligándose el garante (normalmente una entidad financiera, pero sin que exista obstáculo alguno a que esta posición la ostente una persona física, excepción hecha de quienes ostenten la condición subjetiva de consumidores en la relación jurídica) a pagar la suma convenida el beneficiario de la garantía al requerimiento de éste, sin posibilidad de oponer excepciones derivadas del contrato subyacente. De aquí se deriva el carácter automático y autónomo de la garantía, sin que resulte conveniente, por poder inducir a errores, hablar de abstracción para hacer alusión a este carácter, en tanto que con esta expresión lo que no se quiere significar, tal como lo ha dicho la doctrina, es que se trate de un contrato no causal que, como tal, sería nulo en un ordenamiento causalista como el español.

Ahora se analizarán las relaciones jurídicas que surgen, como consecuencia de una válida constitución de una garantía autónoma, entre los tres sujetos intervinientes en la relación triangular propia de toda relación de garantía, y que en este caso responde al siguiente esquema:

Esquema 1



Así, la sola presencia de una cláusula a primer requerimiento o a primera demanda del acreedor beneficiario por sí sola no implica la existencia de una garantía independiente o autónoma del contrato subyacente (no implica que las obligaciones del garante surjan con independencia de las vicisitudes del contrato de base), sino que es necesaria la presencia en el contrato de cláusulas como “sin pruebas o condiciones”, “sin posibilidad de oponer excepciones del contrato subyacente”, y que no se requiera la previa existencia de una sentencia o de un laudo arbitral que adveren el incumplimiento de las obligaciones del contrato de base por el deudor garantizado.

Así, determinar si se está en presencia de un contrato de garantía autónoma o de un contrato de garantía accesoria es un problema de calificación jurídica del propio contrato que determinará el régimen jurídico que le es aplicable y que, en muchas ocasiones, revestirá una cuota de dificultad.

### 3. Características

#### 3.1. La garantía tiene un objeto distinto del propio de la obligación garantizada

La garantía autónoma, además de garantizar el pago de un crédito, asegura el interés económico del ordenante. Pero, dicha garantía obliga al garante a cumplir una obligación propia que no es lo mismo a pagar en la obligación principal.

En el contrato de garantía autónoma, pues, la prestación del deudor principal es diferente a la del garante, que va dirigida no tanto a garantizar el puntual y concreto cumplimiento de la obligación subyacente, sino más bien a paliar el riesgo económico de la falta e incorrecta ejecución de la misma (Núñez, 2001, 22).

### **3.2. La garantía cubre al acreedor de los riesgos de incumplimiento no solo típicos, sino también atípicos**

Si lo pretendido por el acreedor consiste en el aseguramiento del resultado final que aspira a alcanzar con una determinada y compleja operación comercial, poniéndose a cubierto de acontecimientos de difícil previsión o evolución por anticipado, asegurándose frente a riesgos extraordinarios que pudieran frustrar aquel resultado esperado, entonces la fianza clásica como modelo de garantía, probablemente, devendría insuficiente.

La garantía a primera demanda tiene por objeto asegurar al beneficiario frente a riesgos *extraordinarios*, garantizando el resultado que espera obtener de la actividad comercial puesta en marcha, por ello no necesariamente tienen por objeto asegurar una obligación jurídica existente y válida, al no ser esta el objeto directo y único del aseguramiento.

Cabe resaltar que en la ejecución de operaciones económicas muy complejas, estos riesgos pueden referirse a la larga duración en el tiempo de la obligación, la pluralidad de países intervinientes en la operación garantizada y sus respectivas normativas heterogéneas, así como la estabilidad en política social y económica de estos, el reconocimiento de sentencias extranjeras, etc.

### **3.3. El garante no podrá hacer valer las excepciones derivadas de la relación contractual subyacente**

El garante no podrá oponer excepciones provenientes de la relación principal o subyacente, salvo las que deriven de la relación de garantía. Basta la reclamación del beneficiario para dar por incumplida la obligación del deudor.

En el marco de las garantías autónomas y por su naturaleza jurídica atípica, el garante renuncia a deducir cualquier excepción relativa a la existencia, validez y coercibilidad proveniente de la relación subyacente. Del mismo modo, el garante tampoco tendrá derecho a verificar el incumplimiento del deudor. Esto se asevera sin perjuicio de que el garante, a posteriori, repita contra el deudor lo pagado al beneficiario.

### **3.4. El garante deberá pagar la suma convenida a primer requerimiento del beneficiario**

El beneficiario hará efectiva la garantía con un simple requerimiento, sin que necesite alegar o probar el incumplimiento de la obligación garantizada, con el único límite de la *exceptio doli*, la cual deberá ser demostrada por el garante y le permitirá probar la extinción de la obligación garantizada por cumplimiento de la obligación subyacente, fraude y reclamación por enriquecimiento injusto.

La garantía a primer requerimiento tiene como efectos el traslado de la carga de la prueba del acreedor al garante, y también que el ordenante sea quien realice una eventual reclamación contra el beneficiario y no el garante.

La realización de la garantía se puede dar:

- 1) A primera demanda pura y simple.
- 2) A primera demanda justificada en la que el beneficiario se limita a describir genéricamente los hechos que han dado lugar al incumplimiento del deudor, sin tener que probarlos.
- 3) A primera demanda documentada en la que será necesaria la presentación de documentos que prueben el aparente incumplimiento. La declaración del beneficiario, en este supuesto, puede darse: a través de documentos emitidos por él mismo, por medio de un certificado emitido por un perito (CCI) o por una sentencia o laudo arbitral que condene al pago al deudor.

### **3.5. La garantía se presentará normalmente de forma escrita**

Se hará un parangón con la fianza por ser la figura más parecida a la garantía a primer requerimiento. El Código Civil español no prevé una forma específica para la constitución de la fianza, con la única disposición de no presumirla; y el Código de Comercio en su artículo 440 exige una forma escrita.

La práctica bancaria utiliza por prudencia la forma escrita, y las Reglas uniformes relativas a las garantías a demanda de 1992 en su artículo 2 establecen que el compromiso del garante debe figurar en forma escrita.

### **3.6. La exigencia del establecimiento de un plazo de validez para la garantía**

Ante los riesgos que ocasiona la garantía a primer requerimiento tanto para el garante, como para el beneficiario, los garantes procuran limitar la validez de su compromiso a un período de tiempo concreto que usualmente irá de la mano con la vigencia de la obligación subyacente.

En el estudio del plazo de vigencia de la garantía a primer requerimiento se tiene que diferenciar y analizar dos momentos en la vigencia: la fecha de inicio de la vigencia de la garantía y la fecha de extinción de la vigencia. El inicio de la vigencia de esta garantía se da, por lo general, el mismo día de constitución de la garantía a primer requerimiento, aunque también puede diferirse en el tiempo o supeditarse al cumplimiento de determinada condición. La extinción de la vigencia de la garantía podrá ser determinada o indeterminada y también supeditar su vencimiento a una condición de vencimiento. El mayor problema se plantea cuando la fecha de vencimiento es indeterminada, para lo cual se tendrá que considerar una fecha acorde con los usos comerciales, pues no es coherente considerarle perpetua e indefinida.

Asimismo, el vencimiento de la vigencia de la garantía no implica que el beneficiario haya perdido su derecho de exigir la garantía, sino que simplemente limita la consecución de la conducta que origina el incumplimiento dentro del plazo de vigencia.

#### 4. El abuso y el fraude ponen límites a la autonomía

Superado el problema de la validez de estas garantías y admitida su autonomía, aparece una nueva necesidad: establecer los instrumentos para que el deudor pueda defenderse de los abusos del beneficiario. Las situaciones que pueden presentarse son variadísimas: por ejemplo, el deudor estima que él cumplió con su obligación, pero el beneficiario, por una razón o por otra, está insatisfecho y demanda; razones políticas entre el país del beneficiario y el país del deudor motivan que el primero amenace con ejecutar la garantía; el deudor se ha visto impedido de cumplir (guerra y revolución en el país del beneficiario, prohibición de acceder a la construcción, etc.); el beneficiario no ha cumplido con sus propias obligaciones; la deuda principal está prescrita, etc.

La ilicitud de la causa del contrato base genera problemas en los casos de contratos internacionales; así, por ejemplo, se ha sostenido, razonablemente, que no es invocable la nulidad si está fundada en leyes de policía económica, porque justamente la garantía autónoma sirve para cubrir los riesgos de inejecución causada por disposiciones existentes en el país del deudor que el beneficiario no conoce. Así lo resolvió un Tribunal de Apelación inglés el 17 de julio de 1981: la garantía cubre el riesgo de fuerza mayor (en el caso, el riesgo político de embargo), en la medida que aquélla no haga definitivamente imposible la continuación del contrato.

¿El garante debe pagar siempre? ¿El deudor no tiene otra alternativa que la acción de repetición (*solve et repete*)? ¿Una garantía independiente significa que un juez nunca interviene?

La mayoría de la doctrina dice que el garante puede ampararse en la *exceptio doli* o en la excepción de fraude. La cuestión, sin embargo, reside en determinar los alcances del dolo y el fraude y sus extensiones.

Hay que analizar esto desde una posición restrictiva, pues se exigen fraudes o abusos manifiestos que surjan de prueba líquida. Como dicen los ingleses, una *compelling evidence of the fraud*.

Tratando de resguardar la autonomía, la doctrina resalta que en realidad el garante no invoca excepciones nacidas del contrato base, sino que recurre a la *conducta abusiva o fraudulenta del beneficiario*, que es posterior e independiente de la convención que lo une al deudor. Dicho de otra manera, el fraude o el abuso no está en la conclusión del contrato, sino en su ejecución, por lo que debe apreciarse al tiempo de la reclamación del cumplimiento de la garantía. Existirá abuso y fraude notorio si el beneficiario reclama el pago no obstante la existencia de una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada que declaró la nulidad del contrato base; si era una garantía de ejecución y el reclamo se efectúa después de haber tenido lugar la recepción y aceptación definitiva de la obra, o si habiéndose extendido en favor de una *joint venture* esta se había disuelto y quien reclamaba la garantía no estaba legitimado activamente, etc.

En cambio, el garante (banco) no puede excusarse en que el deudor principal le pidió que no pague porque había cumplido sus obligaciones, ni en que el crédito principal está judicialmente discutido, etc.

## **5. Excepciones del garante frente a la reclamación del beneficiario**

### **5.1. Excepciones surgidas de la relación entre el garante y el beneficiario**

La oponibilidad de las excepciones surgidas por esta relación no son *numerus clausus*, es decir, no tienen límite alguno, y son todas aquellas excepciones que el derecho admita como tal. Dado que estas excepciones se corresponden con el sentido del contrato y la voluntad de las partes, no se pueden encasillar o restringir las mismas.

Las excepciones más características se mencionarán a continuación.

### **5.2. Excepciones derivadas del mismo texto de la garantía**

#### ***5.2.1. La falta de la declaración expresa del beneficiario***

Cuando la garantía establecía, por mutua voluntad de las partes, que su excusión tenía que ser precedida de un aviso escrito del beneficiario de incumplimiento de las condiciones del contrato principal, como por ejemplo una pretensión de daños del beneficiario. Al no constar esta alegación, la garantía no podrá ser pagada.

#### ***5.2.2. La falta de indicación por parte del beneficiario de los motivos que según el texto de la garantía condicionaban su operatividad***

En este supuesto, el texto de la garantía prevé que el beneficiario, antes de solicitar el pago afirmando que se han verificado los supuestos, deberá indicar (no probar) los incumplimientos concretos que justifican la excusión de la garantía.

#### ***5.2.3. La falta de presentación por parte del beneficiario de algún documento que según el texto mismo de la garantía condicionaba su operatividad***

El texto de la garantía obliga al beneficiario a presentar documentos que harán efectiva la garantía y su cobro. Mientras el beneficiario no presente estos documentos, la garantía será inoponible al beneficiario.

#### ***5.2.4. Hipótesis en que el beneficiario reclama la garantía fuera de los términos temporales previstos en la misma***

En este supuesto, la garantía a primer requerimiento no podrá ser reclamada antes ni después de la vigencia temporal establecida en el texto de la garantía.

#### ***5.2.5. Otros supuestos en que el beneficiario reclama la garantía sin respetar otras condiciones resultantes de su texto***

Habría que citar algunos supuestos previstos, por lo general, en los textos de garantías, tales como la reducción automática de cierto porcentaje de la cuantía de la garantía si el beneficiario la solicita antes de fecha determinada. Asimismo, cuando el beneficiario reclamase una suma superior a la pactada en la garantía. En este supuesto, el garante tendrá expedito su derecho a accionar contra el beneficiario por haber realizado un pago no debido. Esta misma acción será adecuada para cualquier supuesto en que la prestación de garantía es ejecutada sin que el garante haya hecho valer las excepciones que le corresponden y, por ende, solo el garante estará legitimado para repetir contra el beneficiario.

### **5.3. Las excepciones de invalidez del contrato de garantía**

Según Díaz, “el garante puede oponer al beneficiario, además de las excepciones del texto de la garantía, también aquellas otras que deriven directamente de la propia obligación que le vincula con el beneficiario, como consecuencia de posibles situaciones de nulidad, anulabilidad o inexigibilidad de la obligación de garantía” (Núñez, 2001, 267). Por lo tanto, estas excepciones tienen su origen en la ineficacia de la obligación de garantía por causas distintas de la comunicación de ineficacia que proceda de la obligación principal.

Así, en la práctica se suele exigir que conste expresamente en la declaración de renuncia de excepciones por parte del garante, que deja a salvo o no se incluyen dentro de esta renuncia a las excepciones de invalidez del contrato de garantía, tales como:

#### ***5.3.1. Vicio del consentimiento***

Siempre que el garante no haya renunciado a oponer estas excepciones, podrá deducir o alegar un vicio en su consentimiento a la hora de emitir la carta de garantía. Este vicio puede ser por error, dolo, violencia o intimidación, tal como prevé el artículo 1265 del Código Civil y siempre que concurren los requisitos exigidos en los artículos 1266 a 1270 del mismo cuerpo legal.

Pero evidentemente será más fácil que se dé un vicio en el consentimiento basado en el error por parte del garante al momento de otorgar la garantía a primer requerimiento, que por cualquier otro tipo de vicio ocasionado por violencia o amenaza, según el Código Civil español de 1889, que en su artículo 1266 establece:

Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

Pero de la misma forma, también resulta poco verosímil o frecuente que los bancos (que son los usuales garantes), debido a su profesionalidad y capacidad técnica, incurran en errores impropios a su diligencia comercial como caer en el error.

### ***5.3.2. Transgresión de una norma imperativa o prohibitiva***

Si el otorgamiento de la garantía ha violado o transgredido alguna norma imperativa o prohibitiva, esta será nula como consecuencia, tal como lo prescribe el artículo 6.3 del Código Civil.

Pero a la vista de lo dicho sobre las características del garante y su profesionalidad y conocimiento técnico, es poco probable que este incurra en una violación de alguna normativa imperativa o prohibitiva. Y en los supuestos en que ello no suceda, se entenderá que el garante actuó negligentemente y deberá resarcir al beneficiario los daños y perjuicios que pudo ocasionarle. Por lo tanto, el ordenante hará recaer sobre el garante las consecuencias de esa nulidad.

## **5.4. La excepción de compensación**

Esta excepción servirá para evitar el pago al beneficiario. Esta excepción se encuentra dentro del grupo de las excepciones directas y personales, las cuales no se podrán oponer cuando el garante haya hecho renuncia expresa de estas en virtud de su disponibilidad.

Para Núñez (2001, 22) esta es una excepción derivada de la relación personal entre el garante y el beneficiario que constituye un modo simple, seguro y automático de satisfacción de los propios contra créditos, lo que elimina el riesgo de un sucesivo incumplimiento de tales créditos por parte del beneficiario.

En el sistema jurídico español, el garante puede compensar su obligación de pago a favor del beneficiario con derechos de crédito frente a este, siempre que provengan del propio contrato de garantía.

Si entre el garante y el beneficiario, se da el supuesto y los presupuestos (el garante y el beneficiario lo son por derecho propio, recíprocamente acreedores y deudores el uno del otro, etc.) de una compensación prevista en el Código Civil, será indudable la validez de esta excepción.

Será inoponible esta excepción si se deduce como resultado de la cesión de un crédito frente al beneficiario por parte del ordenante de la garantía. Es decir, el garante no podrá compensar su obligación con derechos de crédito que le haya cedido el ordenante (deudor), porque si lo hiciese infringiría el principio de independencia entre la garantía y el contrato subyacente. De otro lado, en el mismo supuesto prohibitivo, el garante no se mantendría por derecho propio (art. 1195 cc).

### **5.5. La excepción de liberación de la obligación de garantía como consecuencia del comportamiento del acreedor perjudicial para el garante**

El artículo 1852 del Código Civil español, otorga al fiador el derecho de rechazar el pago y libera de la obligación al mismo, siempre que el acreedor haya perjudicado la subrogación del fiador. En el supuesto que nos ocupa, cierto sector de la doctrina se inclina por aplicar analógicamente este artículo para la garantía autónoma, y otros rechazan dicha aplicación alegando la autonomía de la garantía y su impropia aplicación analógica por ser esta norma correspondiente a las garantías accesorias.

En fin, de todas formas, no será necesario aplicar analógicamente esta excepción, ni que los garantes se procurae previamente las garantías propias para que les reembolsen el pago.

Esta excepción tiene como finalidad proteger la subrogación eficaz del garante, previendo las conductas en las cuales el beneficiario no deberá incurrir para no imposibilitar la posterior subrogación del garante.

La liberación del garante afectará solo a la relación entre el garante y beneficiario, dejando incólume la relación del ordenante con el beneficiario.

La extinción de la obligación de garantía es una consecuencia jurídica proveniente de la ley y unas determinadas conductas del acreedor que se manifiestan con la imposibilidad del garante de poder subrogarse tras el pago (art. 1852 CC), o que haya aceptado un inmueble u otro bien en pago de la deuda garantizada (art. 1849 CC), o que hubiere concedido prórroga expresa al deudor sin el consentimiento del garante (art. 1851 CC), o que hubiere autorizado la retirada de la consignación practicada por el principal obligado (art. 1181 CC). Con cualquiera de estas conductas el garante quedará exonerado del pago de la garantía frente al acreedor.

### **5.6. La actuación dolosa del beneficiario**

Esta actuación dolosa del beneficiario se materializa con la reclamación o solicitud de pago injustificada del beneficiario o la falsificación de documentos que se hubiesen establecido en el contrato.

Esto se traduce en la reclamación de pago del beneficiario al garante sin que se hayan producido las conductas o circunstancias del supuesto garantizado.

En esta excepción se podría discutir sobre si esta corresponde a una excepción propia de la relación subyacente o propia de la relación de garantía. Ante esto, Sánchez Calero dice que esta excepción alegada por el garante no corresponde a la relación subyacente, sino del propio contenido de la relación de garantía que lo une con el beneficiario y se materializa con la obligación de rechazar el pago cuando no concurren las circunstancias que el propio contrato de garantía prevé para el acaecimiento de la garantía o algún otro riesgo cubierto.

Si no se producen los elementos descritos, no se tendrá que realizar el pago porque la reclamación del beneficiario no coincide ni se ajusta a lo establecido en el contrato de garantía. Por lo tanto, la excepción de contenido se dará cuando exista una discrepancia entre lo establecido en el contrato de garantía y lo querido por el beneficiario. Por consiguiente, esta excepción exigirá la prueba de un verdadero fraude y su respectiva acreditación fehaciente; caso distinto a identificar el riesgo cubierto o la producción del hecho garantizado, como sucede en las excepciones literales del texto de garantía.

Entonces, esta excepción es una excepción de contenido y no una formal, como las anteriormente descritas, en la cual basta una discordancia literal entre el texto de la garantía y lo declarado por el beneficiario.

De esto se desprende que el ordenante o deudor deberá acreditar suficientemente el fraude o abuso, de lo contrario la sola oposición al pago no tendrá que ser tenida en cuenta por el garante para realizar el pago.

Asimismo y según Sánchez (1995, 397) “cuando el garante incurrió en alguna actuación dolosa o fraudulenta, extinguirá todo derecho de presentar a posteriori algún tipo de documento que acredite su cobro o el incumplimiento del ordenante, pues al ser esta una relación de confianza se ha roto con el dolo”.

En todos los ordenamientos se admite la *exceptio doli* frente a las reclamaciones abusivas o fraudulentas del beneficiario, y su fundamento se basa en la prohibición del abuso del derecho junto al mandato de buena fe. Asimismo, se exige que el abuso sea manifiesto y de alguna manera se restringe su actividad probatoria (las pruebas aportadas no pueden llevar a ulteriores investigaciones, sino que tienen que ser palmarias o líquidas).

En conclusión y escuetamente, la conducta abusiva o fraudulenta consiste en que el acreedor pretenda que el garante lleve a cabo el pago sin que se hayan producido las circunstancias que configuran el supuesto de hecho de la garantía. Es decir, que el beneficiario se aproveche del mecanismo de esta garantía.

El Tribunal Supremo, en sentencia 76/2008, al analizar la excepción de reclamación abusiva o fraudulenta repite que:

Es 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 (art. 1258 CC) 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 ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista.

Esta definición plantea ciertos problemas, pues se podría considerar que el Tribunal Supremo faculta al garante a probar el pago o cumplimiento de la obligación subyacente

en el propio proceso de cobro de garantía. Hay que respetar el principio de *solve et repete*, y además esto se puede considerar una inversión del papel de las partes en el proceso y no una inversión en la carga de la prueba. Siendo lo normal en estos casos que se ventile en proceso ulterior el cobro o pago injustificado.

Pero el principal problema jurisprudencial es la poca certeza del TS a la hora de dilucidar ciertos criterios como:

- 1) No se acerca a supuestos concretos y excepcionales, por lo que queda configurado de una manera muy amplia, extendiéndose a cualquier cuestión sobre el cumplimiento subyacente.
- 2) No se exige que el abuso sea evidente o manifiesto.
- 3) Ausencia en la determinación de medios de prueba que puedan presentarse para que triunfen.

Por lo tanto aún no se ha diseñado en la jurisprudencia el perfil de la *exceptio doli*, simplemente se han indicado los criterios de admisión a grandes rasgos, como que se base en una prohibición de ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC) o en malas prácticas del principio de buena fe contractual, las cuales ocasionan una paralización del cobro de la garantía por *exceptio doli*, lo cual se puede considerar como una limitación a la naturaleza de las garantías a primer requerimiento.

Cabe mencionar que cuando el garante conozca la reclamación abusiva y concurren los supuestos de la *exceptio doli*, este deberá oponerla, pues de lo contrario incurrirá en responsabilidad frente a su ordenante.

Uno de los medios de poner en marcha la *exceptio doli*, es mediante las medidas cautelares que regula la LECiv./2000, la cual faculta al garante a ejercer el derecho de retención del pago a través de un embargo preventivo del crédito del beneficiario a exigir la garantía o mediante la prohibición del garante a desembolsar el pago. Estas medidas cautelares se admitirán con el fin de proteger de manera urgente al garante frente a la reclamación abusiva del acreedor y siempre que se presente una primera prueba que cause convicción en el órgano jurisdiccional y conlleve a un juicio provisional para su admisión.

Por lo tanto, como conclusión, la doctrina jurisprudencial atiende a la *exceptio doli* bajo los siguientes criterios:

- 1) Admite la excepción basada en la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y acorde con el principio de buena fe contractual.
- 2) Admite la excepción cuando se da una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, es decir, el acreedor reclama el pago sin derecho.
- 3) Tiene que demostrarse el abuso manifiesto del acreedor.

- 4) El fraude o abuso se puede probar con cualquier tipo de prueba, siempre que cause certeza y sea oportuna.
- 5) No se restringe la prueba, pero tiene que ser palmaria o líquida.

## 5.7. Excepciones surgidas del contrato principal

Como ya se ha dicho, la naturaleza de las garantías autónomas no reconoce excepciones derivadas de la relación subyacente, pues en ellas no pueden utilizarse u oponerse. Es más, en el texto de una garantía autónoma se procura siempre aislar la obligación subyacente de la relación de garantía mediante una renuncia a estas por parte del garante. Sin embargo, existe un supuesto que exime lo dicho, y es cuando el garante debe rechazar el pago de la garantía al beneficiario, sobre la base de una actuación fraudulenta de este último en el marco del contrato subyacente. Esta excepción se origina por la presencia de una conducta ilícita que no está cubierta o asegurada por el contrato de garantía que conlleva a considerarla como un límite a la renuncia o excusión de este tipo de excepciones.

Entonces, como se dijo en el punto anterior, esta es una excepción derivada de la relación de garantía que opera cuando no se produce el supuesto garantizado, y no es una excepción proveniente de una relación subyacente.

Cabe volver a mencionar que esta excepción según Sánchez (1995, 397) sólo podrá ser ejercida o deducida por el garante, siempre que la actuación fraudulenta del beneficiario haya sido demostrada de manera irrefutable por el ordenante de la garantía que se opone a su pago.

Los supuestos más comunes de anormalidades en la relación subyacente y su consecuencia en la relación de garantía son:

### 5.7.1. Nulidad del contrato base

Existe una regla general la cual reza que el garante no podrá excepcionar en base a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, revocación, resolución o rescisión del contrato subyacente, ni tampoco por la imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento de este contrato (por ejemplo, como consecuencia de la promulgación de una nueva norma de control de cambios). Pero existe un sector de la doctrina alemana e italiana que considera que el garante sí puede excepcionar si el contrato subyacente es nulo, mas no anulable.

Además de esta, existe otra excepción a la inoponibilidad de excepciones por parte del garante basadas en la relación subyacente. Esta se refiere a cuando sobre la relación subyacente haya recaído sentencia firme o laudo arbitral que niegue el derecho de cobro del beneficiario; siempre y cuando la sentencia o el laudo hayan devenido en firmes antes de que el garante esté obligado a pagar al beneficiario, pues de lo contrario se estaría transgrediendo la función autónoma de la garantía.

### ***5.7.2. Ilícitud del contrato subyacente***

Otro supuesto en que el garante puede excepcionar con base en la nulidad del contrato subyacente es cuando dicha nulidad sea consecuencia de la ilicitud de su causa por oponerse a las leyes o a la moral, a que se refiere el artículo 1275 del Código Civil. Por ejemplo, si el contrato subyacente se refiere a un tráfico de drogas o a algún otro ilícito económico o financiero, nadie está obligado a la realización de un pago cuando provenga de un acto ilícito.

### ***5.7.3. Cesión de derechos del ordenante al garante***

Las excepciones provenientes del contrato subyacente tampoco pueden ser utilizadas por la entidad garante si las ha adquirido por medio de una cesión del ordenante. “En caso contrario, el principio de no oponibilidad de tales excepciones podría ser burlado con absoluta facilidad. Por lo tanto, hay que entender que toda emisión de una carta de garantía incluye tácitamente un compromiso del garante de no excepcionar en base a derecho que haya recibido mediante cesión del ordenante” (Núñez, 2001, 274).

## **5.8. Las excepciones derivadas del contrato de comisión**

El garante no podrá oponer excepciones al beneficiario, provenientes de la relación de comisión que este mantiene con el ordenante.

Asimismo, dentro de esta prohibición de excepcionar, se entiende que el garante no podrá alegar discrepancias entre las instrucciones recibidas por el ordenante en el contrato de comisión y el contrato de garantía; tampoco podrá excepcionar la nulidad del contrato de comisión, ni la insolvencia o incumplimiento de las obligaciones del ordenante. Tampoco podrá aducir una imposibilidad sobrevenida para que el ordenante le reembolse lo pagado.

Pero existe una excepción que sólo podrá hacerse valer si el consentimiento del garante a la hora de constituir el contrato de comisión estuvo viciado por la actuación dolosa del ordenante, y el beneficiario hubiera tenido conocimiento de la conducta dolosa del ordenante. En este supuesto, el principio de buena fe contractual del artículo 1258 cc, 7 cc y 57 C.co., prevé que el garante no quede obligado a pagar al beneficiario por haber actuado de mala fe.

## **6. La jurisprudencia del Tribunal Supremo**

Por su parte, la jurisprudencia española admite la validez de esta garantía atípica y considera que la accesoriedad de la fianza no constituye exigencia derivada del orden público. El resultado es un instrumento de garantía atípico, distinto de la fianza y con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad (1255 cc). No existe, en consecuencia, una regulación interna específica que se refiera a estas particulares garantías. La doctrina del

Tribunal Supremo, sintetizada por Cortes (2006), se refiere de la siguiente manera sobre el particular:

“El aval, fianza o garantía a primer requerimiento” es un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1.255 del Código Civil;

El garante viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame. La obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza;

Es nota característica de esta forma de garantía personal, diferenciándola así de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriidad. La garantía supera la rigidez de la accesoriidad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada;

El garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago de otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma; lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta obligación compleja;

Aunque es suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 cc) se permite al garante, en caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con su consiguiente liberación. Se produce así una inversión de la carga de la prueba.

Del análisis de esta doctrina jurisprudencial se concluye la indiscutible carga procesal que estas garantías llevan consigo. Al margen de discusiones dogmáticas sobre su validez, en parte ya superadas por la propia doctrina, esta cuestión es clave para la operatividad de la garantía.

Como se ha puesto de manifiesto, si bien la renuncia al beneficio de excusión elimina la insolvencia del deudor como condición de la obligación del fiador, y la solidaridad desvincula el derecho del acreedor frente al fiador del incumplimiento mismo del deudor, la fianza a primer requerimiento no actúa, por el contrario, en ese plano material, sino en el procesal de limitar las excepciones que el deudor y, por consiguiente, el fiador, subsidiario o solidario, puede oponer al acreedor.

La doctrina del Tribunal Supremo afirma correctamente que el garante “no puede oponer al beneficiario que reclama el pago de otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma”; y, por tanto, es consecuente con el carácter que corresponde a estas garantías, y que la misma jurisprudencia le otorga, al proclamar que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. Sin embargo, lo que no es congruente con esta afirmación es sostener en el aspecto crucial de la garantía que,

en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1.258 cc) se permite al garante, en caso de litis, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con su consiguiente liberación. Con esto se produce una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente su reclamación para que nazca la obligación de pago del garante.

A nuestro entender, el problema sobre este asunto inherente a la garantía autónoma, está en que las mismas se desnaturalizan con la sola reclamación judicial del beneficiario de la garantía al garante. Esto es así porque si no se paga al primer requerimiento extrajudicial del acreedor —es decir, si no se paga voluntariamente, cosa que puede suceder en todo caso, independientemente del carácter con el que se pacte la garantía—, se llega inevitablemente al litigio. Y aquí la cuestión se complica enormemente. Si somos coherentes con la naturaleza de la garantía pactada, el juez debe, automáticamente, denegar toda prueba propuesta que pretenda introducir discusión sobre el contrato garantizado, en tanto que prueba “impertinente”, por no guardar relación con lo que es el objeto del proceso (art. 283.1 LECIV). Otra cosa distinta sería la posibilidad, reconocida unánimemente por la doctrina, de admitir -excepcionalmente- determinada prueba (la denominada prueba líquida) en efecto el abuso, el fraude o, en las posiciones más permisivas, el cumplimiento del deudor, el incumplimiento del beneficiario, etc., debe surgir de prueba líquida, es decir, prueba de la que surja el *fumus bon iuris* de modo claro, terminante, no dudoso. Tendente a probar la existencia de una reclamación abusiva del beneficiario (por ejemplo, que el pago ya se ha efectuado por el deudor principal).

Ciertamente resulta muy preocupante la ausencia de rigor en la jurisprudencia española en cuanto a la aplicación del principio de buena fe contractual en esta materia. Por tanto, lo que efectivamente aportan estas garantías se agota en ese momento de reclamación judicial del acreedor por impago y, en concreto, en el desarrollo crucial de la prueba. Si se admite cualquier tipo de prueba, como permite la doctrina del Tribunal Supremo, “las garantías independientes no sirven realmente de mucho”.

## Bibliografía

- BUSTO LAGO, José M. *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías a primer requerimiento y autónomas*. Madrid, Thomson Aranzadi, 2006.
- CAMACHO DE LOS RÍOS. «Interpretación de las cláusulas “a primera demanda” en los contratos mercantiles». En: *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* XIII, abril-junio de 1994.
- CARRASCO PERERA, Ángel. «Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso». En: *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. 4-2006.
- CARRASCO PERERA, Ángel *et al.* *Tratado de los derechos de garantía*. Madrid, Aranzadi, 2002.

- CERDÁ OLMEDO. *Garantía independiente (nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional)*. Granada, 1991.
- CORTÉS. *Lecciones de derecho mercantil*. Navarra, 2006.
- ESPIGARES HUETE. *La garantía a primer requerimiento. Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*. Zaragoza, Real Colegio de España, 2006.
- FONT GALÁN, J.I. «La empresa en el derecho mercantil». En: AA.VV. (Jiménez Sánchez, coord.). *Derecho mercantil*. Tomo II. Barcelona, 2006.
- NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen. *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*. Madrid, Marcial Pons, 2001.
- SÁNCHEZ CALERO. *El contrato autónomo de garantía*. Madrid, Edersa, 1995.