



REVISTA LEX MERCATORIA  
ISSN 2445-0936



Vol. 11, 2019. Artículo 5  
<https://doi.org/10.21134/lex.v0i11.1654>

EL TRIBUNAL SUPREMO VUELVE  
*INNECESARIAMENTE* A LA DOCTRINA SOBRE  
LA IRRELEVANCIA DE LA CLÁUSULA DE PAGO A  
PRIMER REQUERIMIENTO  
STS 217/2019, SALA DE LOS CIVIL,  
DE 5 DE ABRIL DE 2019

---

**José Carlos Espigares Huete**

*Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

Nos da la sensación de que el TS ha vuelto innecesariamente a complicar el debate sobre las garantías "a primer requerimiento". Creemos, además, que los términos en que el conflicto se había planteado no lo exigían.

Recientemente hemos realizado un «Análisis crítico de la evolución jurisprudencial en España sobre las garantías "a primer requerimiento"» (Vid. *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, CASTILLO MARTÍNEZ (Dir.) /FORTEA GORBE (Coord.), Valencia, 2019). Referíamos aquí que "La jurisprudencia en España (...) se extiende más allá de los treinta años y durante mucho tiempo sin resultados demasiado alentadores. Estaba justificado, por tanto, referirse a esta doctrina como "inconsistente": hablar de "desconcierto", "incertidumbre" o "inconsistencia interna". Concluíamos, no obstante, que en el estado actual podía compartirse todavía esta notable carencia, "(...) pero que habíamos mejorado sensiblemente en las resoluciones de los últimos tiempos y se vislumbra un mejor entendimiento de estas garantías. Parece que el desconcierto es algo menor. Así sucede singularmente, por ejemplo, con la SSTS de 19 de mayo de 2016, de 10 de junio de 2014; y, mucho antes, con la STS de 1 de octubre de 2007".

Ciertamente habíamos tratado en distintas ocasiones, y por distintos motivos, el tema de las garantías "a primer requerimiento", independientes o autónomas. En el origen valga como ejemplo la referencia a mi monografía con título *Las garantías a primer requerimiento. Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Bolonia, 2006. Desde entonces hemos sostenido (en realidad desde antes, «Actualidad y vigencia práctica de las garantías a primer requerimiento en la reciente jurisprudencia», *RDBB*, núm. 92, octubre-diciembre 2003, pp. 135 y ss.) la inconsistencia de la doctrina del TS sobre estas garantías. Lo hemos venido sosteniendo porque

lo creemos. En alguna ocasión, incluso, habíamos referido la gravedad que comporta esta doctrina desde el punto de vista particular de los intereses de nuestros operadores en el tráfico comercial internacional («Garantía independiente, *Lex mercatoria* y experiencia española: reflexiones necesarias», *RDM*, núm. 266, 2007, pp. 1087 y ss.).

Nuestro afán de denuncia de la situación de dificultad por la que atravesaban estas garantías (igualmente lo hicimos, por cierto, en «Una reflexión sobre la adopción de medidas cautelares en el ámbito de las garantías independientes», *Estudios de Derecho del Comercio Internacional* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, DÍAZ MORENO (Dir.), Madrid, 2013, pp. 501-511) ha sido recurrente en la doctrina. Podemos remitirnos, en este sentido, a las últimas reflexiones de DIAZ MORENO rubricadas como «Las dificultades del TS con las garantías a primer requerimiento» (septiembre, 2014, *Gómez-Acebo & Pombo*, pp. 1 y ss.). También, desde luego, a las de CARRASCO PERERA con título igualmente sugerente en 2010: «Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento» (*AJA*, núm. 793, 2010, pp. 1 y ss.). Y particularmente acertadas nos parecen ambas rúbricas si nos atenemos al momento exacto en que fueron formuladas.

Estaba justificado referirse a esta doctrina como "inconsistente", hablar de "desconcierto", "incertidumbre" o "inconsistencia interna". Incluso podía afirmarse, sin ruborizarse, "(...) que la garantía independiente no existe hoy en derecho español". Siendo así, en consecuencia, podía proclamarse la ausencia de una "base doctrinal sólida" (CARRASCO, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Cizur Menor, 2015, p. 482) pese al nutrido número de resoluciones del TS que se habían ido pronunciando. Pero teniendo en cuenta las últimas resoluciones nos parecía muy acertado bajar el tenor de esta crítica. Ciertamente, como sugiere DIAZ MORENO, la situación es hoy de simple

dificultad del TS con las garantías “a primer requerimiento”. Queremos decir que, paradójicamente a partir de la misma formulación teórica de tal doctrina, se percibe una mejor comprensión de estas garantías y todo parecía sugerir que hoy el desconcierto era algo menor.

Lo hemos indicado más arriba. Así sucede con la **SSTS de 19 de mayo de 2016**, de **10 de junio de 2014**; y, anteriormente, con la STS de **1 de octubre de 2007**. Esta última sentencia fue la primera que, a nuestro juicio, dejó entrever una mejora de la doctrina sobre la garantía “a primer requerimiento”: giro jurisprudencial tan sugerido por la doctrina científica. Hay razones para pensar, realizado este análisis, que la evolución de la doctrina jurisprudencial camina desde el año 2007 en la dirección correcta. Pero esta nueva sensibilidad ha tardado demasiado, siendo muy elevados los costes de este largo peregrinaje. Se ha extendido más allá de 30 años. Las **SSTS de 1 de octubre de 2007** y de **4 de diciembre de 2009** parecieron sugerir ya un nuevo escenario de mejor entendimiento. El cuerpo de doctrina del TS empezó a ser algo más consistente, estando más y mejor pertrechado; disponiendo o preparando lo necesario, en consecuencia, para afrontar cabalmente el reto de resolver los litigios, ciertamente de aristas diversas, que acompañan a la emisión de estas particulares garantías. Y el reto de hacerlo bien: es decir, procurando ajustar las razones de justicia material a la mejor técnica posible.

Es la **STS de 17 de julio de 2014**, como hemos expuesto detalladamente en otro lugar (*Vid. Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros, op.cit.*), la que marca verdaderamente un antes y un después muy significativo en esta evolución. Y nunca es tarde, claro. Por eso insistimos en que, ante el nuevo escenario, no parecía estar tan justificado hablar de *inconsistencia* o *incoherencia interna*; sí, como acertadamente señaló DÍAZ MORENO en 2014, de *dificultades*

del TS con estas garantías. Afirmábamos también “(...) que ha hecho muy bien el TS, por ejemplo, en empezar a abandonar la doctrina de la inversión de la carga de la prueba. Y hay razones para creer que lo hace siendo sabedor de su carácter pernicioso. Convendría cuanto antes, eso sí, un abandono explícito: porque la demora de una declaración semejante es injustificable sea cuales sean los términos en que se haya planteado el proceso. Concluíamos igualmente, en el último de nuestros trabajos, que estas garantías, “(...) tan vigorosas en su formulación, están hechas de un cristal muy fino. Mucho trecho ha recorrido en las distintas instancias. Y no conviene: porque ciertamente han estado muy cerca de romperse”.

Sea como fuere, por lo demás, anticipábamos en estas conclusiones que realmente tales dificultades no cesarían. Y, lamentablemente, la **STS de 05 de abril de 2019** supone un retroceso innecesario que evidencia esta intuición. Vamos a tratar de explicarlo.

La doctrina que puede extraerse de esta última sentencia es literalmente la siguiente: «1.- La denominada garantía o aval a primera demanda o primer requerimiento es un contrato autónomo de garantía que, según la sentencia 937/1999, de 10 de noviembre, “cumple una función garantizadora tendente a conseguir la indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante” (...) 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 (véanse, al efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de crédito contingentes, de 11 de diciembre de 1995; y las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para las Garantías a Primera Demanda,

de 1992) (...) 2.- A diferencia de lo que sucede con la fianza ordinaria (según la sentencia 81/2014, de 4 de marzo, el aval a primer requerimiento es una fianza con determinadas especialidades), no se requiere el incumplimiento de la obligación principal, ya que estas garantías pueden ser hechas efectivas a simple requerimiento. En las sentencias 81/2014, de 4 de marzo, 330/2016, de 19 de mayo, y 679/2016, de 21 de noviembre, hemos resaltado que una de las notas características que diferencian el aval a primer requerimiento de la fianza regulada en el Código Civil es su no accesoriedad, por lo que para la efectividad de la garantía no es preciso demostrar el incumplimiento de la obligación garantizada, sino que para hacer efectivo el cumplimiento de esta bastará con la reclamación del deudor. Así como que el garante no puede 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 (...) La característica del aval a primer requerimiento es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata, que pierde su carácter accesorio de la obligación principal, en el que la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial (sentencias 735/2005, de 27 de septiembre; 979/2007, de 1 de octubre; y 671/2010, de 26 de octubre). Pero sin que impida el ejercicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (sentencias 1057/2001, de 14 de noviembre; y 697/2002, de 5 de julio) o para determinar el grado de cumplimiento de la obligación principal garantizada».

Esta doctrina, en su formulación teórica, resulta ciertamente correcta. Pero, ¿cuál era el tenor de la garantía controvertida? ¿en qué contexto es emitida?

Se expone claramente en el resumen de antecedentes de la Sentencia:

«1.- (...) ACCH S.L., dedicada al alquiler de ve-

hículos sin conductor, fue declarada en concurso voluntario por auto de 2 de octubre de 2009, bajo el régimen de intervención de facultades del deudor.

2.- El 29 de diciembre de 2010, con la finalidad de renovar su flota de vehículos, ACCH, asistida por la administración concursal, suscribió un contrato de arrendamiento de vehículos con la sociedad Marcoplán S.L., por el que obtuvo el arrendamiento de 1.450 vehículos. En dicho contrato se incluyó la siguiente cláusula:

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

“a.- La cantidad de 820.000 euros antes del día 30 de diciembre de 2010.

“b.- La cantidad de 3.000.000 de euros antes del 31 de enero de 2011, mediante la entrega del correspondiente aval bancario, por dicho importe.

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

“Para el caso de que se confirmen y realicen los dos contratos de que consta este contrato general, la referida fianza se mantendrá en vigor por la totalidad de su importe hasta la finalización de ambos contratos y devolución de todas las unidades, y por el importe de ochocientos veinte mil (820.000) euros hasta la peritación de los daños

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

3.- En ejecución de dicha cláusula, Caja Duero emitió sendos avales a primer requerimiento por importe de un millón de euros (1.000.000 €) y dos millones de euros (2.000.000 €), de los que era beneficiaria Marcoplán.

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

4.- Tras acordarse judicialmente la liquidación de ACCH, ésta devolvió todos los coches a Marcoplán, salvo ocho que estaban en reparación y que Marcoplán se negó a recibir.

5.- La administración concursal formuló demanda contra Marcoplán y contra Caja Duero en la que solicitó que se declarase que el aval pres-

tado por Caja Duero solo responde de los coches arrendados, por lo que una vez devueltos todos ellos, debe ordenarse su liberación.

6.- La sentencia de primera instancia, tras allanarse Caja Duero y oponerse Marcoplán, estimó la demanda. Recurrida dicha sentencia por Marcoplán, la Audiencia Provincial la confirmó, al considerar, resumidamente, 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».

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga se pronunció en los siguientes términos: “Que estimando la demanda interpuesta, declaro que el contrato de aval a primer requerimiento por la cantidad de 1 millón de euros y otro por cantidad de 2 millones de euros con n.º de garantía, 2104.3269.71.7261699636 y 2104.3269.73.7261699911 responden únicamente de la devolución de todos los vehículos arrendados en virtud de contrato convenido entre AURIGACROWN CAR HIRE SL Y MARCOPLAN SL en fecha 29/12/2010 y no de cualquier otro tipo de obligaciones o incumplimientos derivados de dicho contrato”.

**Para nosotros el tenor del pronunciamiento de instancia es esencial. Como también lo es el petitum de la demanda planteada. Fundamentalmente porque, de acuerdo con la petición efectuada, no parece que sea necesario pronunciarse sobre la naturaleza de este aval. El problema no versa sobre la naturaleza, accesoria o independiente de la garantía, sino del objeto o ámbito de cobertura de la misma. Y podría haberse confirmado la sentencia, en su caso, sin declaración alguna sobre la naturaleza del aval controvertido.** No hace falta más que reparar otra vez en la sentencia de primera instancia confirmada: “Que estimando la demanda interpuesta, declaro que el contrato de aval a primer requerimiento (...) responden úni-

camente de la devolución de todos los vehículos arrendados en virtud de contrato convenido entre AURIGACROWN CAR HIRE SL Y MARCOPLAN SL en fecha 29/12/2010 y no de cualquier otro tipo de obligaciones o incumplimientos derivados de dicho contrato”. Otro tanto sucede, se admita o no su razonamiento, con el planteamiento de la oposición del apelante: entendiéndolo que « (...) ni de la interpretación del contrato de alquiler ni, muchísimo menos, de la interpretación del contrato de aval se podía entender que los avales se entregaron exclusivamente como garantía para la devolución de los vehículos, pues de ser así no hubiese tenido sentido que en la misma letra del aval se pusiese expresamente que se garantizaba a la concursada a favor de mi representada de las cantidades pendientes de pago resultado del contrato de fecha 29 de octubre de 2010».

No se entiende, de esta manera, la razón por la que el TS vincula cuestiones diversas: como lo son la naturaleza de la garantía y el ámbito de cobertura de la misma. Lo hace, además, contradiciéndose. Señala que: « (...) 3.- En consecuencia, los términos en que esté redactado este tipo de aval son de capital importancia, dada su autonomía, por lo que la interpretación conforme al art. 1281.1 CC se revela prácticamente imprescindible. Como recuerda la sentencia 438/2012, de 13 de julio, con cita de otras muchas, la regla de interpretación literal es prevalente y solo cuando resulte insuficiente para averiguar la voluntad de las partes contratantes, entra en juego el llamado canon de la totalidad, es decir, el conjunto de reglas, complementario y subordinado, previsto en los arts. 1281.2 a 1289 CC (...) 4.- La sentencia recurrida ni infringe el art. 1281.1 CC ni desnaturaliza el aval a primer requerimiento. Al contrario, el problema estriba, en su caso, en que es el propio tenor literal de los documentos de aval objeto de litigio el que se aparta de las características del aval a primer requerimiento que antes hemos ex-

puesto, hasta el punto de que impiden que puedan ser calificados como tales (...) 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 accesorio 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 (...) Como consecuencia de ello, la interpretación que hace la Audiencia Provincial sobre la efectividad de los avales, en relación con las previsiones contractuales subyacentes, son acordes con el propio tenor de los contratos de garantía y no infringen el precepto invocado».

¿Y qué podemos concluir nosotros? Pues que para el TS, según parece desprenderse de los términos en los que se expresa, este aval “a primer requerimiento” no es un aval “a primer requerimiento”. No hay otra. A nuestro juicio, sin embargo, el TS olvida al menos los siguientes postulados:

**Primero.**- Nada impide sostener (tampoco la doctrina anterior del TS, por muy controvertida que sea) que en las garantías o avales “a primer requerimiento”, con carácter general, estemos ante una garantía accesorio en sentido material. Así ya lo afirmaba la SAP de la Rioja de 17 de octubre de 2005. Esta sentencia, a nuestro juicio, es de las primeras que contribuyeron a la mejora de la doctrina posterior sobre estas garantías. Señalaba que «En estas circunstancias, la modalidad de garantía de pago a primer requerimiento se presta para asegurar al acreedor por los resultados negativos de un incumplimiento de

la obligación subyacente, perfectamente definida, incorporando el incumplimiento de la obligación principal como supuesto de hecho de la garantía». Afirma igualmente la compatibilidad entre este carácter accesorio de la garantía y la cláusula de pago «a primer requerimiento» incorporada en el mismo contrato: «Ello no obstante, tampoco desvirtúa el carácter de garantía contraída a primer requerimiento (expresamente pactada, con renuncia a los beneficios descritos o a la oponibilidad de excepciones), por lo que podrá exigirse el pago afirmando la existencia del incumplimiento contractual, aunque no se pruebe».

**Segundo.-** De la compatibilidad entre accesoriedad de la garantía y cláusula de pago «a primer requerimiento» ya se había pronunciado la sentencia de la AP de Zaragoza de 13 de mayo de 1998, que el TS confirma en sentencia de 28 de mayo de 2004. Era la primera resolución judicial que en nuestro país distinguía entre fianza con «cláusula de pago a primer requerimiento» -que sigue siendo accesorio- y el contrato autónomo de garantía, independiente y no accesorio. Esta sentencia aumentó el aparato doctrinario respecto a lo que reiteradamente se decía en torno a estas garantías. Y lo hacía en este sentido: “La simple mención de la cláusula a primer requerimiento no sirve por sí sola para identificar una garantía como independiente y no accesorio, pues tal expresión unas veces nos sitúa ante una garantía autónoma y otras ante un contrato de fianza; la diferencia entre una fianza a primer requerimiento y una garantía a primer requerimiento autónoma radica en que en la primera se da la nota de accesoriedad; por el contrario, la segunda supone un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil, en el cual la accesoriedad ha quedado excluida: el garante que paga siempre paga bien, aunque el beneficiario en el fondo careciese de derecho material al cobro, y si este supuesto se produjese

el garante no estaría legitimado para reclamar al beneficiario la restitución del pago hecho, siendo la persona garantizada (llamada ordenante) quien puede exigir del 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)”.

**Tercero.-** Nos interesa otra cuestión principal en relación al caso concreto de la **STS 217/2019, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2019**. Nos referimos a la necesidad de distinguir entre dos tipos de garantías «a primer requerimiento». Para nosotros la garantía discutida es una garantía «a primer requerimiento» caucional, es decir, una garantía que hace las veces de un depósito caucional. Precisa CARRASCO PERERA que hay garantías «a primer requerimiento» cuyo pendant es la fianza accesorio y otras cuya función es hacer las veces de un depósito caucional. El objeto de la garantía es asegurar sencillamente al beneficiario una cantidad de dinero apenas tengan lugar determinadas eventualidades indicadas en el contrato, con el fin de destinar esta suma a depósito de garantía, caución en dinero, y discutir después con seguridad los daños resarcibles. O en palabras de CARRASCO PERERA: «La garantía no se paga en este caso a primer requerimiento, sino que se presta a primer requerimiento. El dinero no es el pago de la garantía: es la garantía misma que se presta, y en forma de prenda irregular». Se está incrementando así el poder de autotutela del acreedor, acercándole a la posición en la que se encontraría de haberse constituido una caución real. Recordemos el contexto de la garantía emitida: “Además, a efectos de garantizar el fiel cumplimiento del contrato se fija una fianza de tres mi-

liones ochocientos veinte mil euros (3.820.000 €), distribuida en dos importes de ochocientos veinte mil y tres millones de euros, para los contratos primero y segundo, respectivamente, correspondiendo la primera de ellas a transferencia bancaria y la segunda a entrega de aval bancario de entidad de primer orden y a primer requerimiento..

No parece que pueda dudarse de su equivalencia caucional.

**Cuarto.**- No olvidemos tampoco que en materia de excepciones oponibles por el garante ante la reclamación del beneficiario resultará esencial el tipo de garantía pactada. Para nosotros siempre podrán discutirse determinadas excepciones. Esto incluso en las garantías "a primer requerimiento" equivalentes a un depósito caucional. La generalidad de la doctrina admite que el garante pueda oponer al beneficiario las excepciones que tienen su origen en el mismo contrato de garantía. Así lo ha proclamado claramente el TS. Prácticamente no existen dudas, por lo tanto, respecto a la posibilidad de oponer las excepciones que derivan del texto mismo de la garantía y que constituyen presupuestos para su reclamación. Nos estamos refiriendo a los siguientes casos: falta de la declaración del beneficiario que según la literalidad de la garantía condicionaba su operatividad, supuestos en los que el beneficiario procede a la reclamación sin indicar los motivos que según el texto mismo de la garantía justifican su reclamación, omisión por el beneficiario de la presentación de documentos a los que se condicionaba su efectividad a tenor también de la propia garantía pactada, cuando el beneficiario reclama fuera del plazo de vigencia indicado en la misma garantía o se pide sin respetar la suma máxima garantizada, cuando el crédito principal puesto a fundamento de la reclamación del beneficiario no sea el garantizado y, finalmente, la falta de legitimación activa en quien reclama la garantía. La otra gran posibilidad de oposición al pago

de la garantía está representada, fuera de estos supuestos de excepciones literales de la garantía, por la *exceptio doli* y su vinculación con la denominada prueba líquida. La cuestión es muy compleja y, como dijimos hace mucho tiempo, exige una sensibilidad extrema pues afecta a la misma subsistencia de la figura.

Creemos que no debe existir diferencia en este particular con las garantías «a primer requerimiento» de tipo fideiusorio: serán oponibles las excepciones literales de la garantía. También, en caso muy extremo - y por la quirúrgica vía de la *exceptio doli*-, excepciones relativas al incumplimiento de la relación subyacente que en última instancia se refuerza. Pero la aplicación de esta excepción en las garantías de tipo caucional, como igualmente dijimos en trabajos anteriores, debe ser todavía más restrictiva que en las de tipo fideiusorio. Esto se explica porque a la garantía de tipo caucional le es consustancial el potencial abuso por el beneficiario, así como lo es para el depósito caucional al que sustituye. Quien pacta una garantía de este tipo prevé, o debe prever entre los costes de la operación la reclamación de la garantía por exceso de cautela. Incluso cabe sostener que en estas garantías sólo cabe exceptonar ante una reclamación viciada de mala fe subjetiva y no cuando la reclamación sea simplemente representativa de una mala fe en sentido objetivo. Siempre que no sea evidente la intención de defraudar la garantía debe hacerse efectiva por el garante.

**Quinto.**- No se entiende que la STS de 5 de abril de 2019 se refiera a la causa de la garantía emitida, y su vinculación al contrato que la justifica, como elemento que determina su naturaleza fideusoria. Señala que "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”. Pero es que insistimos, además, en que tal reflexión es innecesaria, como lo es preguntarse por la naturaleza de la garantía emitida. Porque el TS, sea cual fuese esta naturaleza, está llamado a pronunciarse exclusivamente a propósito del objeto de la cobertura o riesgo cubierto. Debía, en su caso, haber confirmado sin más la sentencia apelada. Lo que tampoco parece ser la mejor opción: si tenemos en cuenta que es hecho probado que no se produjo la devolución de todos los vehículos entregados.

Se olvida el TS de algo a nuestro juicio esencial. Y es que tanto la garantía “a primer requerimiento”, como la propia fianza, entran dentro de la categoría del negocio ejecutivo en tanto que presuponen un negocio o una situación anterior o antecedente: de tal modo que la existencia de un negocio o relación jurídica subyacente es, a los efectos que nos interesan, punto común entre la fianza y las nuevas garantías. La diferencia estriba, sin embargo, en la abstracción funcional con la que se configuran las garantías “a primer requerimiento”: que nada tiene que ver con la ausencia de causa como elemento esencial del contrato. Que se busque independizar jurídicamente ambas relaciones desde el ángulo de su operatividad no significa, ni excluye en nuestra opinión, la identidad básica de la causa función (causa formal) que ambas realizan: función económica de garantía de los intereses que tenga el acreedor en el negocio jurídico cuyo cumplimiento se asegura. Ni que decir tiene que, en primer lugar, esta causa función varía sustancialmente para el caso de las garantías “a primer requerimiento” de tipo caucional, y que, en segundo lugar, la particular causa función se establece en consideración a la concreta garantía según la tipología existente (de reembolso, de estricto cumplimiento, de oferta, etc.). La abstracción funcional propia de la cláusula de pago “a primer requerimiento” viene a

añadir a esta causa función la idea de un aseguramiento tendencialmente absoluto a favor del beneficiario de la garantía. Y este tipo de aseguramiento responde a un reequilibrio legítimo de intereses: es decir, al nuevo reparto de riesgos pactado por las partes de la operación subyacente garantizada. Sólo en virtud de esta abstracción funcional se produce, desde la perspectiva de su operatividad - y con reservas- una cierta desvinculación jurídica de la obligación de pago del garante con relación a la causa del negocio jurídico. En palabras muy acertadas de CALVO CARAVACA y BLANCO-MORALES LIMONES: «La garantía se emite en función de una relación subyacente (la que liga al principal con el beneficiario) pero a partir de aquí su suerte se emancipa». Y así debiera ser: porque lo contrario determinaría una vuelta innecesaria a la irrelevancia de la cláusula de pago “a primer requerimiento”.

