

# Las bases dogmáticas de las garantías bancarias

**SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS GARANTÍAS BANCARIAS: II.1. LA APORTACIÓN DE STAMMLER. II.2. LAS GARANTÍAS BANCARIAS EN EL TRÁFICO INTERNACIONAL.—III. LAS GARANTÍAS BANCARIAS ABSTRACTAS: III.1. LA ABSTRACCIÓN DE CAUSA COMO FUNDAMENTO PARA LA INDEPENDENCIA DE LAS GARANTÍAS ABSTRACTAS. III.2. LA VIABILIDAD DE LAS GARANTÍAS ABSTRACTAS EN UN SISTEMA CAUSAL: LA TESIS DE PORTALE.—IV. LA ABSTRACCIÓN DE CAUSA Y LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS.—V. LAS GARANTÍAS BANCARIAS NO ACCESORIAS (LA ACCESORIEDAD FUNCIONAL): V.1. LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTÍAS PERSONALES. V.2. EL SIGNIFICADO DE LA ACCESORIEDAD. V.3. LA MODULACIÓN CONTRACTUAL DE LA ACCESORIEDAD. V.4. LA ELIMINACIÓN DE LA ACCESORIEDAD: V.4.a) *La exclusión de la nulidad de la relación garantizada.* V.4.b) *El límite de la renuncia de las excepciones de la relación garantizada.* V.5. LA POSTURA DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA: V.5.a) *La admisión de la fianza no accesoria: la fianza «a primera demanda» en el Derecho alemán.* V.5.b) *La accesoriadad funcional en el Derecho italiano.* V.5.c) *La postura de la doctrina y de la jurisprudencia española.*—VI. LAS GARANTÍAS BANCARIAS AUTONOMAS: VI.1. LA CONFIGURACIÓN AUTÓNOMA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS. VI.2. LOS INTERESES, LAS FUNCIONES Y EL RIESGO EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS: VI.2.a) *Los intereses del ordenante de la garantía, del garante y del beneficiario.* VI.2.b) *La función liquidadora.* VI.2.c) *El riesgo financiero.* VI.3. LA DECLARACIÓN PROMISORIA EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS. VI.4. LA RIGIDEZ FORMAL DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS. VI.5. LA PARTICULAR ESTRUCTURA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS.**

## I. INTRODUCCIÓN

La característica básica de las garantías bancarias (1) es su independencia. Precisamente en la independencia de las garantías bancarias respecto de

---

(1) Utilizamos expresamente el plural, ya que bajo la denominación «garantía bancaria» hay multitud de garantías que participan de esta característica por excelencia,

la relación garantizada reside la utilidad de este instrumento jurídico. El uso de estas garantías en el tráfico comercial internacional se debe a que cumplen las funciones de una garantía personal, pero sin estar sujetas a las vicisitudes de la relación material o de base existente entre el deudor principal y el acreedor. Y tampoco inciden en la garantía las vicisitudes de la relación de cobertura.

Las ventajas que ofrecen estas garantías han prevalecido sobre cualquier consideración **jurídico-dogmática**, como lo demuestran las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías «a demanda» (RUGD) (2) y los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL) (3), los cuales parten de su naturaleza sustancialmente independiente (4) (5).

Pero esta pretendida independencia plantea no pocos problemas en el orden estrictamente **jurídico-dogmático**, especialmente en el momento en que se «internalizan» las garantías **bancarias**, con sujeción, por tanto, al respectivo ordenamiento jurídico nacional, sobre todo cuando el ordenamiento jurídico en particular no contempla garantías independientes, que es

---

cual es la independencia, como las garantías de buena ejecución o de buen fin, de restitución de anticipos o de reembolso, de sumisión o de oferta o licitación, de retención o descuento y la de mantenimiento...

Participan de esta independencia también las contragarantías, ya que, como las garantías, no se les puede oponer ninguna excepción que tenga su origen en las relaciones subyacentes, pudiendo oponer el contragarante frente al garante sólo las excepciones derivadas de la propia carta de contragarantía, pudiéndose limitar aún más su oponibilidad si así se acuerda, ya que la contragarantía no tiene por qué coincidir con la carta de garantía.

(2) En España, para una completa visión de estas Reglas Uniformes, puede consultarse el trabajo reciente de DÍAZ MORENO, «Las reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías "a demanda"», en *Revista Derecho de los Negocios*, 1993, núm. 36, págs. 1 y sigs. Un seguimiento de la evolución de propuestas hasta su aprobación definitiva lo podemos encontrar en los estudios de SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, «Proyecto del Código para la práctica de garantías y fianzas "a primera demanda" (Comentario al Proyecto de la Cámara Internacional de Comercio)», *RDBB*, núms. 13 (primera parte) y 15 (segunda parte), 1984, págs. 55 y sigs., y 587 y sigs.; así como también en la obra colectiva, *Contratos bancarios*, dirigida por GARCÍA VALVERDE, Madrid, 1992, págs. 711 y sigs.

(3) Una exposición muy completa la ofrece nuevamente DÍAZ MORENO en «Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales», *RDM*, 1993, págs. 151 y sigs.

(4) Así, se expone en la introducción a las RUGD y también constituye la premisa para el Trabajo de UNCITRAL cuando se redactó el artículo 2 del PCCGI, con especial referencia a la garantía **documentaria**.

(5) La necesidad de una uniformidad en el tráfico jurídico internacional es subrayada en el trabajo de ILLESCAS ORTIZ, «El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», *RDM*, núm. 207, 1993, págs. 37 y sigs. En el mismo número, vid. también las reflexiones de OLIVENCIA, *Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI*, págs. 9 y sigs.

el caso de casi todos los sistemas legales. Mientras que a nivel del tráfico comercial puede resultar dogmáticamente indiferente que una garantía personal sea independiente de la relación que garantiza, más cuando la independencia está respaldada por la *lex mercatoria*, pudiendo someter cualquier cuestión litigiosa que susciten estas garantías a los tribunales arbitrales internacionales, en el orden interno nos podemos encontrar con serias dificultades, sobre todo de tipo jurídico-dogmático, para la admisión y calificación de garantías independientes, así como para entender su estructura y su funcionamiento jurídico. Además, nada impide que las garantías bancarias puedan otorgarse en el tráfico comercial nacional (6).

Las ventajas que ofrecen estas garantías han dado lugar a que la independencia con la relación asegurada constituya también la característica de otras cláusulas «a primer requerimiento» en otros contratos mercantiles, como el seguro de caución y el aval bancario, llegando a ser calificados igualmente por algún sector de la doctrina como garantías independientes (7). De concebirse así, los problemas que suscitan son prácticamente los mismos que las garantías bancarias en lo referente a la relación de dependencia o no con la relación subyacente.

La dificultad dogmática principal de las garantías bancarias reside en que las garantías personales vienen concebidas en los ordenamientos jurídicos nacionales como garantías sustancialmente accesorias, por ser la fianza el prototipo de las garantías personales. Siendo la accesoriedad uno de los principios básicos de la fianza, resulta difícil la admisión de garantías independientes cuando se pretende reconducir estas garantías a la fianza. La independencia pasa necesariamente por la eliminación de la accesoriedad, lo que puede chocar con un sistema jurídico que tiene como prototipo legal de las garantías personales a la fianza. No deja de ser un contrasentido que, desde la perspectiva de la fianza, se califique a las garantías bancarias como garantías no accesorias, cuando la fianza es esencialmente una garantía accesorio.

Los obstáculos, que obviamente existen cuando se trata de encontrar en la fianza las bases de las garantías bancarias, se intentan solventar mediante el recurso a la abstracción de causa, siendo frecuente la afirmación de que son garantías abstractas. Aparte de que la mayoría de los sistemas jurídicos son causalistas, lo que impide, en principio, la abstracción de causa, tam-

---

(6) No deja de ser llamativo que las pocas resoluciones judiciales que hasta ahora se han pronunciado en nuestro país sobre garantías «a primera demanda» tienen su origen en contrataciones de ámbito nacional.

(7) No obstante, la naturaleza jurídica del seguro de caución es bastante más controvertida, planteándose la doctrina y la jurisprudencia si es una garantía personal o una modalidad aseguradora, sobre todo cuando se le incorpora una cláusula «a primera demanda»; el aval bancario, por el contrario, constituye, en el fondo una fianza claramente mercantil, y, por tanto, participa de las características intrínsecas de toda fianza.

poco es satisfactorio este enfoque por cuanto simplifica excesivamente el funcionamiento económico y jurídico de las garantías bancarias.

Cualquier intento dogmático en los dos sentidos apuntados parte inevitablemente de categorías jurídicas perfectamente perfiladas por el Derecho, como son la fianza y el negocio abstracto obligacional. Por ello, cada vez más se propugna que se indague en la estructura y el funcionamiento de las garantías bancarias para encontrar la razón de ser de su independencia.

El objetivo del presente trabajo no es otro que profundizar en el debate dogmático de la independencia de las garantías bancarias, y, sobre todo, clarificar los diversos caminos que se han seguido para justificar esta pretendida independencia. Una atenta lectura de los muchos estudios que se han realizado sobre estas garantías evidencia, en más de una ocasión, una cierta confusión cuando en un mismo plano se trata de instituciones tan diversas como la abstracción de causa y el principio de la accesoriedad. Para iniciar este análisis debemos tener presente la sabia advertencia de HORN, formulada precisamente cuando entró en el estudio de las garantías bancarias: «La base de toda práctica contractual, para que sea segura y ajustada al tráfico jurídico, es una suficiente explicación dogmática, siempre que la dogmática no sea concebida como algo contrario a la praxis, sino como un complemento de la teoría a la praxis» (8).

## II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS GARANTÍAS BANCARIAS

### II.1. LA APORTACIÓN DE STAMMLER

En términos muy amplios, el contrato de garantía comprende todos aquellos contratos cuyo objeto constituye el aseguramiento del cumplimiento de una obligación contractual o extracontractual a favor de un tercero, comúnmente el acreedor, siendo, por tanto, la fuente de estas obligaciones una relación jurídica distinta (9). Ello implica necesariamente que los contratos de garantía, de la naturaleza que sean, están en una relación de mayor o menor dependencia con la obligación o el contrato garantizado, con un nexo estructural o funcional, según el grado de dependencia. Cuando la garantía la presta un tercero —que es la regla *general*— de alguna manera

---

(8) «Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern», *NJW*, 1980, pág. 2154.

(9) Comúnmente el «contrato de garantía» no es un tipo normativo, sino a lo más es una categoría doctrinal y didáctica, como señala BLANCO CAMPANA, en «Aval cambiario y aval como contrato de garantía», *RDBB*, 1982, pág. 685.

entra en contacto con la relación garantizada, especialmente cuando garantiza una obligación ajena.

La denominación jurídica «contrato de garantía» tiene también un significado más preciso, concretamente cuando el nexo con la relación garantizada sólo es funcional. A partir de la obra de STAMMLER, un sector importante de la doctrina reserva el término «contrato de garantía» a aquellos contratos de garantía que funcionan con independencia de las vicisitudes de la relación jurídica subyacente. Cuando STAMMLER acuña el término «*Garantievertrag*» lo hace en un sentido muy concreto: son aquellos contratos de garantía que son independientes de la obligación asegurada, en virtud de los cuales el garante asume, no por un interés determinado, un riesgo, además como si fuese propio, normalmente de carácter comercial, obligándose el mismo garante al pago de una deuda, que para él es una deuda propia y, por tanto, no ajena, de alcance generalmente indemnizatorio (10). Sus notas caracterizadoras son muy claras: *a)* un contrato independiente de las relaciones jurídicas garantizadas; *b)* la deuda que se asume es una deuda propia; *c)* el riesgo que corre el garante lo asume también como propio; *d)* no responde a ningún interés concreto; y *e)* el pago que realiza el garante responde a una obligación de carácter resarcitorio.

Como es propio del momento cultural en que vive STAMMLER, la investigación y la construcción dogmática se hace sobre la base de textos romanos y manifestaciones de la praxis jurídica de su época. A través de los numerosos ejemplos que extrae de ambas fuentes de conocimiento pretende demostrar que estas garantías eran ya conocidas en el Derecho romano (11), como también su utilización en el siglo XIX bajo diversas for-

---

(10) «Es kommt in *unserem* Rechts und Verkehrsleben häufig vor, dass Jemand einer auf *Vermögensgrund* gerichteten *Unternehmung* eines Anderen dadurch Unterstützung und *Förderung* angedeihen lässt, dass er unentgeltlich das Risiko, das mit derselben verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung vertragsmässig übernimmt. Im Anschluss an den *Sprachgebrauch* der neueren Zeit, wie er besonders in dem Geschäfts und Handelsverkehr und auch der Gerichtspraxis *hervorgetreten* ist, nennen wir solche Verträge: («Der *Garantievertrag*», AcP, 69, 1886, pág. 1).

(11) Su fuente principal son los textos de Velleianum que admiten la *promissio indemnitis* y el *mandatum qualificatum* como contratos autónomos de los que nacen una obligación resarcitoria independiente (en especial, págs. 52 y sigs.), siendo la *stipulatio* o el mandato de crédito las fórmulas usuales para expresar estas voluntades. Constituye una clara excepción a la prohibición de la *intercessio* cuando quien intercedía era una mujer. La intercesión en el Derecho romano facilitaba la concesión de un crédito por un tercero, quien asumía una obligación ajena. Si era una mujer no podía asumir una obligación ajena. Pero en los textos que cita se faculta, en concreto, a las madres para poder asumir como propia una obligación de resarcir frente a los tutores cuando los hijos sujetos a tutela causen algún perjuicio (L. 8 párrafo 1 D. ad S.C. Velleianum —16,1—; Ulpianus libro XXIX ad edictum), el patrimonio de éstos no sea suficiente para el pago de los gastos que ha tenido que desembolsar el tutor en el

mas (12), para defender que las garantías pueden ser totalmente independientes de la relación asegurada, lo que puede ser de gran utilidad para el tráfico comercial. Para ello hay que presuponer que el deudor principal va a asumir un determinado comportamiento, para que, como consecuencia de este tipo de garantía, realice la actividad comercial encargada. La garantía, cuando es independiente, asegura que la actividad comercial se va a ejecutar, ya que el acreedor podrá hacer uso de esta garantía en el plazo señalado, sin que el garante pueda oponer excepción alguna. STAMMLER parte del supuesto de que estas garantías tienen sentido cuando el deudor principal y también el tercero son garantizados en caso de pérdidas o ganancias que no se han podido obtener. Este tipo de garantía independiente es calificado por KLEINER «*reine Garantie*», a diferencia de otras garantías independientes, como las garantías bancarias, en especial la garantía «a primera demanda», en las que no se exige ningún comportamiento específico a los que forman parte de la relación de valuta (13).

---

ejercicio de la tutela (L.6.C. ad. S.C. Velleianum —4,29—; Imp. Alexander A. Torquato) o exista el temor de que los tutelados ejerciten después la *actio tutelae directa* contra el tutor (L. 2.C. si mater indemnitem promiserit —5,46—; Imp. Philippus A. et Philippus C. Asclepiadi et Menandro). En todos estos supuestos, el riesgo que supone el ejercicio de la tutela es asumida por una tercera persona mediante la *stipulatio*, en concreto mediante la *promissio indemnitis*. Otro supuesto es el recogido en el texto L. 19 pr. D. ad S.C. Velleianum: Africanus libro VI quaestionum. La mujer asume la garantía de que el llamado a la herencia, como consecuencia de la aceptación, no tenga que sufrir ciertos perjuicios. STAMMLER cita también un texto histórico que parece traslucir un contrato encauzable en el contrato de garantía (Suetonius vita Claudii, capítulo 18). Relata la preocupación del emperador por el hambre que padecía Roma, buscando diversas fórmulas para incrementar la importación del trigo. En especial, prometió a los cultivadores y a los mercaderes ventajas directas, ofreciéndoles garantías de que no iban a soportar posibles perjuicios, además de garantizarles una ganancia mínima, mediante la fórmula contractual «*nam et negotiatoribus certa lucra proposuit, suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accidisset*».

También los textos contenidos en L. 32 D. *mandati vel contra* —17,1—, Julianus libro III ad Urseinum Ferocem y L. 19, parágrafo 1, 2 D. ad S.C. Velleianum —16-I—: Africanus libro IV quaestionum son acreditativos de que los romanos admitían el mandato de crédito con fines de garantía, diferenciándolo de la intercesión, siendo este contrato afín, según STAMMLER, al contrato de garantía (vid. págs. 64-72).

(12) Presta una especial atención a las llamadas «*Zinsengarantien*», en virtud de las cuales el Estado garantizaba el pago de los dividendos a los accionistas de sociedades anónimas, práctica muy común en Francia durante el siglo XVIII, pero con menor trascendencia en Alemania por la poca presencia de estas sociedades capitalistas en la vida económica del país, para centrarse, después, propiamente en las garantías de dividendos (vid. págs. 84-118).

(13) *Bankgarantie* (Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes), Zürich, 1990, ed. 4.<sup>a</sup>, pág. 23. Subraya esta profesora que en la actualidad responden a este tipo de garantía independiente figuras como las siguientes: «*Defizitgarantien*», «*Dividendengarantien*» y «*Erfolgsgarantien*», utilizadas frecuentemente en la praxis bancaria.

La aportación doctrinal más relevante de STAMMLER es la de concebir el contrato de garantía como un contrato independiente, dando por sentado que es un contrato autónomo, con sustantividad propia, ajeno, por tanto, a las vicisitudes de las relaciones subyacentes —tanto de la relación de cobertura como de la relación de valuta—, no dependiendo para nada de ellas. Por tanto, defiende que pueden existir garantías no accesorias, con lo que la no accesoriedad se convierte en el criterio delimitador por excelencia de otras garantías personales, como la fianza. Por ello, presta una especial atención a ciertas situaciones límites en las que se puede cuestionar la accesoriedad de la fianza. Mientras que la fianza indemnizatoria sigue siendo esencialmente una fianza, si bien sujeta a una condición suspensiva, el afianzamiento de una obligación inexistente o de una obligación más gravosa choca claramente con la accesoriedad que rige en toda fianza. O son obligaciones o contratos que no pueden tener eficacia jurídica si se subsumen en la fianza, ya que son contrarios a la de la accesoriedad de la fianza, o son obligaciones o contratos innominados... Excepcionalmente, dice STAMMLER, pueden ser contratos de garantía cuando su finalidad es la de garantizar (14) (15) (16).

## II.2. LAS GARANTÍAS BANCARIAS EN EL TRÁFICO INTERNACIONAL

La originalidad de la tesis de STAMMLER, aunque es seguida y desarrollada por algunos de sus discípulos (17), pasa un tanto desapercibida para la doctrina dominante en aquella época, para caer después prácticamente en el olvido. Sólo cuando a partir de la segunda mitad del presente siglo empiezan a ser utilizadas garantías en el tráfico comercial, concretamente en las relaciones internacionales, ajenas a las operaciones garantizadas, para reforzar, así, la garantía prestada, la obra de STAMMLER vuelve a ser de

---

(14) Auch in dem Thatbestande eines Garantievertrages als elementarer Bestandtheil die Bürgschaft für ungültige Schuld oder unterer härteren Modalitäten als der Hauptschuldner entdeckt werden; wiederum von der anderen Seite **herausgedrückt**: es kann eine derartige «Verbürgung» auch zu den Zwecken eines Garantievertrages genommen werden, *op. cit.*, pág. 42.

(15) En el análisis comparativo analiza someramente las diferencias del contrato de garantía con el contrato de seguro, los contratos aleatorios como el juego y la apuesta, el negocio diferencial, la pena convencional y la donación condicionada.

(16) También STAMMLER contrapone el contrato de garantía al «**Garantieauftrag**» o «mandato de garantía», si bien las diferencias son mínimas, ya que la posición de los garantes es la misma en ambos contratos; no obstante, la segunda fórmula contractual estará condicionada por el particular régimen jurídico del mandato (*op. cit.*, págs. 64 y sigs.).

(17) El profesor MEO, en su magnífica obra *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, cita en la nota 91 de la pág. 45 discípulos de STAMMLER. También KLEINER hace referencia a la «escuela de Stammler», *op. cit.*, ed. 4.<sup>a</sup>, Zürich, 1990, págs. 2 y 23.

interés (18). No obstante, prima la efectividad y la utilidad de estas garantías sobre consideraciones propiamente dogmáticas, dando por sabido y establecido que son garantías que necesitan de la independencia. Pero, a falta de una regulación legal en casi todos los países, pronto surgieron obstáculos para su admisión en los ordenamientos jurídicos nacionales, que, por norma general, parten de la accesoriedad como característica esencial de las garantías. Es entonces cuando la doctrina empieza a preocuparse nuevamente de las garantías independientes, con la fortuna, además, de tener como base de trabajo las sugerentes reflexiones de STAMMLER. Nace, así, un debate jurídico sobre múltiples aspectos de las garantías bancarias, el cual ha empezado a tener eco en nuestro país a partir de los años ochenta. A excepción de algunas aisladas incursiones exclusivamente dogmáticas, se parte, sin más, del carácter independiente de estas garantías, quizá por la idea de que se trata ya, en palabras de PEGELS, de una *térra cognita* (19), lo que no es ni mucho menos cierto. Como es normal, interesa mucho más la estructura y el funcionamiento de las garantías independientes, sobre todo su nexo funcional con las relaciones de cobertura y de valuta, y, por consiguiente, las posiciones jurídicas que ocupan el garante, el beneficiario de la garantía y el deudor principal. Hay también un lógico esfuerzo doctrinal de pretender encuadrar las garantías independientes en algunos de los tipos legales más próximos a ellas (en especial, la delegación y la promesa por hecho ajeno). Últimamente hay, además, un especial énfasis de ocuparse de lo que ha llamado Bozzi «la patología» de las garantías independientes (20), en particular, cuando el beneficiario utiliza con fines abusivos la garantía. La atención doctrinal dirigida básicamente a las garantías bancarias, además en las relaciones internacionales, ha hecho olvidar la viabilidad de estas garantías en el tráfico nacional, incluso fuera del ámbito estrictamente comercial, es decir, como garantías independientes sin más (21).

Uno de los principales problemas con los que se enfrenta la doctrina es la justificación de la independencia de las garantías bancarias. En principio, para que las garantías personales puedan cumplir con su función no necesitan ser independientes, como lo evidencia la regulación legal de la fianza,

---

(18) Todos los estudios sitúan el comienzo de la aparición de las garantías bancarias a partir de la segunda guerra mundial. Y con ello el resurgimiento de un debate doctrinal que no ha concluido ni mucho menos.

(19) *Das Verhältniss von Bürgschaft, Garantievertrag, Schuldbeitritt zueinander*, Erlangen, 1936, pág. 1.

(20) *L'Autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, pág. 9 y, en especial, págs. 269 y sigs.

(21) Precisamente ha sido un autor español el que quizá mejor ha sabido desviar la atención para que nos fijemos en la garantía independiente fuera del contexto de las garantías bancarias y del tráfico internacional. Nos estamos refiriendo a la obra de CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Las Rozas (Madrid), 1991.

entre cuyos principios está la accesoriedad, el cual ha inspirado todos los Códigos Civiles decimonónicos y también los más modernos (el último, el Código Civil holandés).

Lo que es perfectamente justificable, atendiendo a la fuerza creadora de la autonomía de la voluntad, es decir, la facultad que tienen los particulares de poder crear una garantía independiente, es negado, en principio, por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, al basarse en la accesoriedad de las garantías personales. De ahí que cuando la doctrina intenta reconducir muchas veces el contrato de garantía independiente a los tipos legales previstos en el ordenamiento jurídico, no lo hace tanto por un afán de querer demostrar que hay figuras jurídicas conocidas que pueden servir de vestidura a este contrato atípico, sino para justificar que es perfectamente viable una garantía totalmente ajena a las vicisitudes de las relaciones subyacentes aun cuando las garantías personales, por excelencia la fianza, se caracterizan precisamente por todo lo contrario (22).

La independencia que se predica de las garantías no accesorias, en especial de las garantías bancarias, se empieza a cuestionar, sobre todo a raíz de una línea jurisprudencial iniciada en los años setenta, en casos casi siempre excepcionales, negando que esta independencia pueda hacerse valer cuando el beneficiario utiliza abusivamente la garantía. Los pronunciamientos judiciales que se han dictado en este sentido han provocado que se hable ya de una fisura en el carácter independiente de las garantías no accesorias, defendido a ultranza hasta entonces, sobre todo, cuando se trata de garantías bancarias. Incluso para demostrar que la independencia no es tan ventajosa. Obviamente es un problema de equilibrio entre las diversas prestaciones que cada uno de los sujetos intervinientes ha de realizar en las distintas relaciones jurídicas, debiendo ofrecer el Derecho los instrumentos jurídicos para lograrlo, pero no sobre la base de negar la independencia cuando la garantía es utilizada abusivamente por el beneficiario, sino mediante acciones que permitan el restablecimiento del desequilibrio producido en su caso. Las distintas soluciones que pueden adoptarse han enriquecido enormemente el debate doctrinal y han permitido analizar las garantías independientes desde ángulos jurídicos hasta entonces desconocidos.

Como podremos comprobar a lo largo del presente trabajo, la admisibilidad, la tipicidad y el abuso de las garantías independientes tienen res-

---

(22) Hay que matizar, no obstante, que la relación de cobertura no suele interferir en la fianza, como ha subrayado LACRUZ BERDEJO en su estudio «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, págs. 732 y sigs., y en especial, págs. 740 y sigs. La razón fundamental para él es que la relación entre deudor y garante es *res inter alios acta*, y el hecho de que el garante contrate por cuenta del deudor, no hace que la relación entre ellos forme parte del contrato de hipoteca, prenda o fianza (pág. 735).

puestas doctrinales muy diversas, condicionadas, por norma general, por las particularidades de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

En realidad, el debate doctrinal sobre las garantías independientes es un debate abierto, en especial, cuando se trata de justificar su independencia con respecto de las relaciones subyacentes. Recurrir exclusivamente a la autonomía de la voluntad no es suficiente, ya que no se puede desconocer la estructura triangular cuando se presta una garantía, en la que cada uno de los sujetos ocupa una posición jurídica muy determinada. Por otra parte, están los propios límites de cada ordenamiento jurídico, en los que la causa ha de ser tenida en cuenta como criterio de control de la relación de base cuando es contraria a Derecho y la necesidad de que toda atribución debe tener una causa, con el fin de mantener un equilibrio entre las prestaciones. Para evitar los inconvenientes, la abstracción de causa puede ser la respuesta adecuada, siempre que un sistema jurídico la admita. Otro límite a tener en cuenta, pero en un plano diferente, es la accesoriedad, máxime cuando se concibe como un principio o un dogma de las garantías personales. Como tendremos ocasión de analizar en capítulos posteriores, la justificación de la independencia, cuando se trata de garantías bancarias, se ha movido entre la abstracción y la no accesoriedad, con planteamientos que no pueden ser coincidentes, al tratarse de instituciones con significados muy diversos. Una nueva dificultad se ha interpuesto con la acogida por la jurisprudencia, y también por la doctrina, de la llamada fianza no accesoria o fianza «a primera demanda». Si a ello añadimos que se ha realizado un esfuerzo encomiable, pero a nuestro entender vano, para encontrar en algunas de las figuras legales conocidas paralelismos con las garantías independientes, se comprende nuestra afirmación anterior de que el debate doctrinal no está ni muchos menos cerrado.

### III. LAS GARANTÍAS BANCARIAS ABSTRACTAS

#### III.1. LA ABSTRACCIÓN DE CAUSA COMO FUNDAMENTO PARA LA INDEPENDENCIA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

La independencia que se predica de las garantías bancarias, y también de las que se titulan puras, se pretende fundamentar, incluso en los mismos sistemas causalistas, sobre la base de la abstracción de causa, a pesar de su atipicidad y no sujeción a una forma determinada (23) (24). Las garantías

---

(23) Vid., con carácter general, MASTROPAOLO, / *contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, quien hace una exposición general sobre la abstracción de causa y su relación con las garantías bancarias (págs. 239 y sigs.).

(24) En ningún caso, cabe construir la independencia de las garantías bancarias

bancarias encuentran en las características del negocio abstracto (25) (26) su apoyo más directo (27) (28). El objetivo principal de la abstracción de causa es la separación formal de un negocio de otro negocio anterior, que constituye la causa de aquel negocio, de tal modo que se independiza el negocio posterior del anterior. El grado de independencia varía en función del tipo de abstracción (que puede ser absoluta o relativa). Se trata de una construcción claramente artificiosa, con una mínima proyección en los ordenamientos jurídicos, pero no por ello deja de ser atractiva y constituye un recurso fácil para explicar ingenierías jurídicas en las que se busca la separación formal entre diversos negocios.

Es comprensible, por tanto, que se recurra a la abstracción de causa para justificar la separación formal entre la garantía que un tercero presta y la relación de base, origen de la garantía, sobre todo cuando hay similitudes

---

sobre la base de la presunción de causa, como señala CERDA OLMEDO en *Garantía independiente*, Granada, 1991, nota 22 y pág. 156, ya que la obligación amparada en la presunción de causa permanecerá conectada a las relaciones causales entre el acreedor y el obligado por la promesa, efecto que es incompatible con la función que pretende realizar la garantía bancaria. En el momento de pago de la garantía, en virtud de la presunción de causa, siempre cabe la inversión de la carga de la prueba, pudiendo demostrar el garante que el pago al beneficiario carece de justificación, si bien se limita siempre a la causa de la relación de base.

(25) Para una comprensión exacta de lo que significa el negocio abstracto en el Derecho actual, vid. FLÜME, quien en su espléndido *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. 2.º, referido al «*Rechtsgeschäft*», 3.ª ed., 1979, Berlin-Heidelberg-New York, hace un extenso análisis de la contraposición entre negocios causales y negocios abstractos, págs. 152 y sigs., poniendo, mejor que nadie «las cosas en su sitio».

(26) Sobre algunos fundamentos históricos de la abstracción de causa y, sobre todo, la crítica a la misma, puede consultarse *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*, Granada, 1986, págs. 111 y sigs., del que soy autor.

(27) Entre los defensores de la abstracción de causa, como base jurídica para fundamentar la independencia de las garantías bancarias, hay que citar a v. WESTPHALEN, quien en su monografía *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, ed. 2.ª, Heidelberg, 1990, lo analiza detenidamente, en especial, a partir de las págs. 54 y sigs.

(28) En el Derecho alemán el parágrafo 780 del BGB, que regula la promesa de pago, sirve de apoyo directo a la garantía bancaria, defendido por v. WESTPHALEN (que ya lo sostuvo en «*Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel*», en *WM*, 1981, págs. 294 y sigs.), sino por otros autores como AUHAGEN, *Die Garantie einer Bank auf «erstes Anfordern»*, Freiburg im Breisgau, 1966, págs. 44 y sigs. THIETZ-BARTRAM, en su estudio comparativo entre los Derechos alemán e italiano, precisa que esta calificación no se puede seguir sistemáticamente, sino que habrá que calibrar de qué tipo de negocio abstracto se trata, en *Die Bankgarantie im italienischen Recht*, Berlin, 1989, pág. 41 y págs. 172 y sigs. También por los mismos tribunales; así, por ejemplo, el LG de Frankfurt en su Sentencia de 14 de diciembre de 1979, en *WM*, 1981, pág. 284; igualmente la Sentencia del LG de Stuttgart, de fecha de 8 de agosto de 1980, en *WM*, 1981, págs. 633 y sigs. La abstracción externa ha sido subrayada específicamente por la Sentencia del BGH, de 22 de abril de 1984 (publicada en *NJW*, 1985, págs. 1829 y sigs.), poniendo, además, de manifiesto, a juicio de este Tribunal, la similitud que tienen estas garantías con los créditos documentarios.

entre la garantía y el negocio abstracto obligacional. El carácter netamente independiente de las garantías bancarias tiene en la abstracción de causa una base dogmática que no se puede ignorar.

La promesa de pago que se formula cuando un tercero ofrece una garantía independiente al acreedor participa de las características del negocio abstracto obligacional: *a)* la declaración de promesa por parte del garante se presta separadamente de las relaciones de valuta y de cobertura; *b)* el contenido de esta declaración es comúnmente estereotipado, incluso cuando se trata de garantías documentarias; y *c)* sobre todo, el garante tiene sólo el derecho de reembolso aun cuando el pago al beneficiario es indebido.

De esta última característica se desprende que el grado de abstracción es mayor que en otros negocios abstractos, en los que es viable la *condictio indebiti* cuando falta la causa del desplazamiento patrimonial, como sucede cuando se ejecuta un reconocimiento de deuda o una simple promesa de pago sin causa.

Con este enfoque se logra una independencia prácticamente absoluta, no ya sólo porque el garante no puede oponer ninguna excepción de las relaciones subyacentes en el momento del requerimiento de pago, sino porque tampoco puede restablecer el equilibrio cuando el pago es indebido, mediante el ejercicio de la *condictio indebiti*. Este esquema se adapta perfectamente a las garantías bancarias en las que una entidad financiera asume una garantía a favor de un acreedor para asegurar el cumplimiento de una obligación, pero sin que el garante pueda oponer excepción alguna de las relaciones de valuta y de cobertura, pero no como consecuencia de una renuncia a oponer cualquier excepción, sino porque la relación de garantía no tiene ningún nexo jurídico con las otras relaciones subyacentes. Y aunque el pago de la garantía es indebido, no por ello el garante está desprotegido, ya que siempre tiene a su alcance la acción de reembolso. Con la exclusión del ejercicio de la *condictio indebiti* por parte del garante —que corresponde al ordenante de la garantía—, se produce, en realidad, como dice MEO, la definitiva «autonomizzazione dei presupposti di legittimazione della garanzia rispetto ai presupposti sostanziali» (29).

Esta abstracción más elevada de las garantías bancarias es subrayada especialmente por v. WESTPHALEN, quien ve en la abstracción de causa la mejor base dogmática para que puedan cumplir su verdadera función en el tráfico internacional. Se trata, como él explica, de una abstracción externa e interna a la vez. Externa, en cuanto la promesa de garantía no se verá afectada por las vicisitudes de las relaciones subyacentes (30) (31). E in-

---

(29) *Op. cit.*, pág. 87.

(30) *Op. cit.*, pág. 59.

(31) También para AUHAGEN, quien se fija sólo en el alcance que puede tener la

terna, en cuanto para la ejecución de las garantías es suficiente que se den los condicionantes contenidos en el documento de garantía, es decir, el supuesto formal de la garantía (no por el hecho de que existan condiciones para el pago de la garantía, la garantía bancaria está condicionada) (32). Esto significa que la garantía no responde a un fin negocial concreto («Geschäftszweck»), que siempre vendrá determinado por la relación de base, al que el garante es totalmente ajeno, siendo suficiente que se produzca el supuesto garantizado («der formelle Garantiefall») para que el garante tenga que cumplir con su obligación de pago (33). De este modo, la garantía bancaria no se contagia de lo que suceda entre el acreedor y el deudor, y para nada tiene que interferirse en sus relaciones el garante, por no estar legitimado para ello al haber asumido una deuda como propia, y, por tanto, distinta de la deuda garantizada.

Frente a las voces críticas de la doctrina, argumentando que la abstracción de causa es algo artificial, ajena a las realidades del tráfico jurídico, se puede aducir que también la voluntad abstracta responde a un fin negocial, si bien previamente establecido por la ley, como sucede cuando se presta un reconocimiento de deuda, una promesa de pago, una letra de cambio o se garantiza la prestación mediante la concertación de un crédito documentario (34). De ahí que cuando un ordenamiento jurídico regula negocios abstractos específicos, el fin negocial ya está predeterminado legalmente, por lo que la voluntad real queda postergada, siendo indiferente a esta voluntad el propósito subjetivo que pueda subyacer también en estos negocios, a no ser que la voluntad sea expresión de otro fin negocial, el cual debe manifestarse claramente. Para despejar cualquier duda, el ordenamiento jurídico somete los negocios abstractos a una determinada forma, como la letra de cambio o el cheque. El fin negocial, aunque formal, que subyace en todo negocio abstracto, constituye, desde una perspectiva causalista, la causa interna, totalmente objetivada por cuanto ya está preestablecida por la propia ley, por lo que cabe hablar, de alguna manera, de una causa objetiva interna legal idéntica para todos los negocios abstractos. En el

---

relación de valuta sobre la garantía bancaria, señala: «Die mit der Sofortzahlungsklausel ausgestattete Bankgarantie ist als abstraktes Schuldversprechen besonderer Art anzusehen, das vom Valutaverhältnis unabhängig ist und bei dem kein auf Mängel des Valutaverhältnisses gestützter Kondiktionsanspruch im Sinne von §§ 821, 812 Abs. 2 BGB gegeben ist» (op. cit., pág. 51).

(32) V. WESTPHALEN, *Die Bankgarantie...*, op. cit., pág. 58.

(33) *Idem*, pág. 57.

(34) Evidentemente toda voluntad consciente, con relevancia jurídica, contiene una causa. También la voluntad abstracta responde a un fin económico o jurídico, si bien previamente ya determinado por el legislador. Este fin concreto, objetivo, está en las propias necesidades de asegurar, garantizar, facilitar el tráfico jurídico. Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *El reconocimiento de deuda...*, op. cit., págs. 127 y sigs.

contrato de garantía el fin negocial es el aseguramiento de pago, sirviendo la garantía como instrumento de liquidación para el acreedor, con la certeza, por tanto, de que se va a cumplir la garantía una vez requerida la entidad financiera para el pago.

Se puede objetar que el fin de aseguramiento («*der Sicherungszweck*») está presente en todos los tipos de garantías que se utilizan en el tráfico exterior, con independencia de su configuración abstracta o causal (35). Al fin y al cabo, en toda garantía bancaria el beneficiario quiere tener la seguridad de que al menos puede obtener una indemnización en caso de que falle la relación de base; de no ser así ni siquiera estaría interesado en ella. Pero para lograr este efecto tiene que producirse un cambio de funciones, es decir, que el garante deje de estar interesado en las circunstancias que puedan liberar al deudor principal de su obligación (en tal caso la garantía pierde su razón de ser). Sólo por el cambio de funciones («*aufgrund der Verschiebefunktion*») se cierra el paso al garante de poder oponer excepciones de la relación de base frente al beneficiario (36). Se logra así, la independencia, tan característica en la garantía bancaria, pero no como consecuencia de la abstracción de causa, sino por el cambio de funciones que se produce cuando el garante asume una garantía bancaria.

Dado el contenido estereotipado de la mayoría de los negocios abstractos, podría pensarse que sólo las garantías puras participan de la naturaleza abstracta. Entenderlo así, sería un craso error. La alusión en una promesa de garantía al negocio de base, no necesariamente significa *causalizar* el negocio abstracto, ni que la garantía sea más accesorio. La sola referencia a la relación jurídica precedente puede dejar intacto no obstante el negocio abstracto. Sólo cuando llega a integrarse como parte del mismo negocio jurídico, en concreto por la voluntad de los particulares, es cuando se causaliza el negocio posterior, además externamente, en el sentido de que las vicisitudes de aquella relación afectarán directamente al negocio en el que se ha incorporado. Lo mismo se puede decir cuando se incorpora la relación de cobertura en el negocio de garantía.

Las garantías bancarias se prestan especialmente a que en el documento de garantía haya alguna referencia a la relación de valuta, y, en este sentido, como señala CANARIS, se diferencian de los negocios abstractos «*tout court*» en cuanto no son «*incolores*», dotadas, por otra parte, de un fin negocial determinado, pero aun así siempre abstractas en cuanto están separadas de la relación causal que existe entre la parte beneficiaria y el tercero (37). El

---

(35) MÜLBERT, *Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz*, Tübingen, 1985, pág. 46.

(36) MÜLBERT, *op. cit.*, págs. 63 y 201.

(37) *Bankvertragsrecht*, ed. 3.<sup>a</sup>, Berlin 1988, pág. 583.

alcance destructivo, cuando proviene de la causa inexistente o ilícita, no llega a la garantía bancaria. La alusión a la relación subyacente sólo tiene un alcance formal, debiendo acreditar el beneficiario de la garantía que se ha dado el supuesto formal de garantía —el descrito, en su caso, en la garantía— para exigir su cumplimiento, siendo indiferentes, a partir de este momento, las vicisitudes que se hayan podido producir en cuanto al supuesto material garantizado. Si el beneficiario acredita que se da el supuesto formal («formeller Garantiefall»), por ejemplo, mediante la acreditación de una prueba documental, previamente determinada, y a requerimiento por parte del Banco, no puede afectar ya a su crédito que la relación subyacente contenga una causa inexistente o ilícita. A partir de que se cumplan los condicionantes del documento de garantía, el beneficiario tiene la legitimación sustantiva para hacer valer su crédito frente al garante (38). En consecuencia, como precisa v. WESTPHALEN, la abstracción externa e interna de las garantías bancarias queda intacta, a pesar de posibles referencias al negocio base (39).

Cada vez es más frecuente la inserción en las garantías documentarias de las llamadas cláusulas de efectividad («Effektivklauseln»). En virtud de estas cláusulas, la efectividad de la garantía bancaria vendrá condicionada a determinados supuestos materiales, con lo que, de alguna manera, se rompe en parte la independencia de la garantía bancaria y con ello la abstracción de causa, hasta el punto de convertir las garantías bancarias en garantías accesorias. Pero en contra de aquellos que consideran que la garantía bancaria con cláusulas de efectividad tiene una mayor afinidad con la fianza «a primera demanda», dada la mayor dependencia que existe en este caso con las relaciones subyacentes, v. WESTPHALEN entiende que se mantiene la abstracción externa, ya que el garante sigue sin tener la facultad de poder oponer las excepciones de las relaciones subyacentes (40). Supone, pues, una clara diferencia con la fianza «a primera demanda», que por mucho que se quiera independizar, reduciendo el grado de accesoriedad, nunca llegará al grado de independencia que se logra, sin embargo, cuando se opta por una garantía bancaria (la reducción de la accesoriedad en la fianza tiene su límite en la causa y demás elementos esenciales de la obligación garantizada; aparte de que es muy discutible que se pueda redu-

---

(38) Muy claramente expuesto por KLEINER, *op. cit.*, págs. 181 y sigs.

(39) *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, págs. 97-98.

(40) In der Sache verschiebt sich also das Problem von «Effektivklauseln» auf die im einzelnen geforderte Nachweispflicht des Begünstigten, mit der die entsprechende Prüfpflicht der Bank korrespondiert. Mit der Bejahung oder Verneinung der abstrakten Rechtsnatur einer auf «erstes Anfordern» zahlbar gestellten Bankgarantie/Bürgschaft hat also die Frage, wie «Effektivklauseln» zu bewältigen sind, letzten Endes nichts zu tun (*Die Bankgarantie...*, págs. 101-102).

cir la accesoriedad en el grado que se propugna cuando se trata de un elemento característico de la fianza).

En los términos trazados hasta ahora, la construcción dogmática sobre la base de la abstracción de causa es perfecta para justificar la independencia de la garantía bancaria, pero de difícil aceptación en sistemas que desconocen la abstracción de causa (especialmente cuando el sistema se basa en el control de la causa preexistente de la relación de base y no hay un medio directo para restablecer el desequilibrio patrimonial cuando se cumple una obligación sin causa). La abstracción de causa se ha movido siempre entre el formalismo y el materialismo, entre lo externo y lo interno, con distintas graduaciones, aunque la abstracción de la causa nunca es absoluta, a lo que no pueden ser ajenas las garantías bancarias. Y tampoco se escapan las garantías bancarias del debate doctrinal sobre la propia existencia del negocio abstracto, aunque no necesariamente reñida con la independencia de las garantías bancarias, cuya fundamentación puede encontrar explicaciones por otros derroteros de la dogmática jurídica (41).

No han faltado incluso voces críticas dentro del sistema de la abstracción de causa, como el sistema alemán. Entre los más críticos hay que citar a HEIN. Para este autor, la base («die Grundlage») de la garantía es el aseguramiento contenido en la misma garantía (42), siendo, además, común que en ella se haga referencia al negocio garantizado. Esto significa que el negocio de garantía es propiamente causal. Responde, además, a un fin negocial. Incluso, el beneficiario ha de acreditar que ha tenido lugar el supuesto de garantía, lo que va en contra de una promesa que pretende ser abstracta (43). Pero en virtud de la causa de aseguramiento, por la que el beneficiario tiene la certeza de que no se le puede oponer ninguna excepción de las relaciones subyacentes, es un negocio a la vez no accesorio. La causa confirma que justamente en los casos no previstos (por ejemplo, imposibilidad de cumplimiento del deudor principal por falta de una auto-

---

(41) La posición más frontal a la abstracción de causa en el ordenamiento jurídico alemán es la adoptada por KÜBLER, quien desmonta, uno por uno, los argumentos que se aducen a favor de la abstracción de causa. Según él, «wo die unmittelbar wirkende autonome Gestaltung möglich und ohne Formzwang zulässig geworden ist, hat die Konstruktion des abstrakten Schuldvertrages jede Bedeutung verloren», *Feststellung und Garantie*, Tübingen, 1967, pág. 189. Por tanto, para él es perfectamente posible una garantía bancaria independiente, sin tener que recurrir a la abstracción de causa, ya que no hay ninguna norma jurídica que regule esta forma de garantía, siendo la voluntad la que tiene fuerza para configurar esta garantía como una relación independiente de las relaciones subyacentes.

(42) «Grundlage der Garantie ist die ihr innewohnende Sicherungsabrede», *Der Zahlungsanspruch des Begünstigten einer Bankgarantie «auferstes Anfordern»*, Giesen, 1982, pág. 24.

(43) *Op. cit.*, págs. 24-25.

rización administrativa o por tratarse de una exportación ilícita) es cuando el garante debe cumplir con su garantía (44). De ahí que la garantía bancaria es un negocio causal pero no accesorio.

También MÜLBERT comparte la naturaleza causal y no accesorio de la garantía bancaria (45), por lo que no hay que recurrir a la abstracción de causa para lograr la independencia (46). Pretender subsumir la garantía en el parágrafo 780 del BGB no añade nada al interrogante de la independencia inherente a ella. Según él, basarse en la abstracción de causa responde más al deseo dogmático de querer subrayar la no accesoriedad en las garantías independientes que una toma de postura ante la causa (47). En realidad, la atribución del carácter abstracto es una cuestión meramente terminológica (48). Pero a diferencia de HEIN, defiende que la independencia de estas garantías se basa en la exclusión voluntaria de las excepciones que puedan oponerse de las relaciones subyacentes, con la particularidad de que el garante asume la deuda como propia. Pero esta exclusión no es definitiva. Como él mismo reconoce, la exclusión de las excepciones tiene un valor sólo provisional, por lo que la accesoriedad en realidad nunca llega a romperse (49).

Más que combatir la abstracción de causa, ofrecen unas bases dogmáticas alternativas, precisamente en la no accesoriedad de las garantías, pero sin plantearse si la eliminación definitiva o parcial de la accesoriedad choca con la fianza, dando por sentado que pueden ser no accesorias por voluntad de las partes.

### III.2. LA VIABILIDAD DE LAS GARANTÍAS ABSTRACTAS EN UN SISTEMA CAUSAL: LA TESIS DE PÓRTALE

En principio, resulta imposible la abstracción de causa en un sistema exclusivamente causal. De admitirse, iría frontalmente contra el sistema jurídico preestablecido, a no ser que exista alguna regulación legal para un tipo de negocio abstracto concreto. No obstante, hay quien propugna la

---

(44) Bedenkt man, dass der Garant eben für alle «nicht typischen Zufälle haftet», so lässt sich aus der Sicherungsabrede das nicht bestehen oder der Wegfall der Forderung aus dem Grundgeschäft, einem Anspruch auf Auszahlung der Garantie grundsätzlich nicht entgegenhalten. Ein Fall des Wegfalls der causa liegt dann nicht vor. Im Gegenteil, die causa besagt, dass just in diesen Fällen die Garantiehafte eingreifen soll (*op. cit.*, pág. 27).

(45) *Op. cit.*, pág. 48.

(46) *Idem*, pág. 43.

(47) *Ibidem*, pág. 35.

(48) *Ibidem*, pág. 27.

(49) *Ibidem*, págs. 39-41.

naturaleza abstracta de las garantías bancarias en un sistema causal sólo por la voluntad de las partes (50).

El más claro defensor es PÓRTALE (51) (52), para quien la justificación del carácter autónomo de las garantías bancarias sólo se puede encontrar en el negocio abstracto. Ello no constituye un especial impedimento, aun cuando el sistema es causal, teniendo en cuenta que cualquier garantía bancaria tiene una causa suficiente, que está expresada en el propio documento de garantía, pero a la vez es abstracta en cuanto la atribución económica prometida a favor del beneficiario aparece independiente de los vicios de su función económica. El contrato de garantía es causal internamente, puesto que en él hay una referencia al fundamento económico de la operación. Pero externamente no hay un nexo jurídico con la relación de base. Tal planteamiento coincide con la estructura de cualquier negocio abstracto, como se ha puesto de manifiesto más arriba.

Según PÓRTALE, sólo así se puede impedir cualquier intento de reconducir estas garantías al tipo legal de la fianza (53). Aunque también comprende la objeción de aquéllos que temen que con este planteamiento se pueden hacer legítimos los desplazamientos patrimoniales privados de justa causa, lo que es inadmisibles en cualquier sistema, sea causal o no.

Para frenar este temor, PÓRTALE les recuerda que ni siquiera la abstracción es absoluta y, por tanto, admite diversos grados. Además, en algún momento hay que controlar la justificación de la atribución patrimonial. Si no es en el momento del ejercicio del derecho de crédito —lo que significaría que la garantía bancaria es causal o accesorio—, cabe un control posterior accionando la *condictio indebiti*. El grado de abstracción varía según quién pueda ejercitar la *condictio indebiti* una vez producido el pago, si el garante o el ordenante de la garantía (54). Se trata de una opción que necesariamente hay que resolver atendiendo a la estructura triangular y también teniendo en cuenta la función que desempeña el negocio abstracto.

---

(50) Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *El reconocimiento de deuda...*, op. cit., págs. 197 y sigs., quien analiza los fundamentos para la abstracción de causa en un sistema causal, como el español; en particular, la autonomía de la voluntad como fuente productora del negocio abstracto, la presunción de causa y la admisión de la acción de enriquecimiento sin causa.

(51) Vid. «Le garanzie bancarie internazionali», *RBB*, parte 1.<sup>a</sup>, 1988, en especial págs. 12 y sigs.

(52) Una síntesis de su tesis puede encontrarse en NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, págs. 51 y sigs.

(53) Así, en «Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia (“causalità” ed “astrattezza” nel Garantievertrag)», *Rev. Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, pág. 515. Existe una traducción a cargo de TIRADO SUÁREZ, en *RDBB*, 1990, págs. 633 y sigs.

(54) *Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia...*, op. cit., pág. 518.

Precisamente en atención del primer criterio, PÓRTALE se inclina por el mayor grado de abstracción, es decir, que el ejercicio de la *condictio indebiti* sólo cabe cuando se haya cumplido la garantía y el garante haya hecho uso de su derecho de reembolso. Pero también por la función misma que asume el garante, éste no está interesado realmente en hacer valer la *condictio indebiti* por un desplazamiento patrimonial injustificado una vez cumplida la garantía. Su función es otra, concretamente la de ofrecer un medio de garantía que permita la concertación de unas relaciones comerciales, pero en la que el garante no tiene ningún interés. En cualquier caso, el control sobre el desplazamiento patrimonial se ejerce, si bien en un momento posterior, siempre por quien realmente está interesado, que es el ordenante de la garantía. Así funciona en otras relaciones triangulares, por ejemplo, en el crédito **documentario** irrevocable y en la relación **cambiaria** cuando quien ejecuta la cambial es el tenedor anterior (al final el delegante o el librado pueden ejercitar las acciones correspondientes frente al delegatario o al librador si el pago de la garantía carece de causa) (55). Por tanto, no se llega a forzar el sistema causal, como entienden otros, en cuanto en algún momento se produce el control sobre la causa.

Aquí es donde reside la principal crítica a la tesis de PÓRTALE. El control en un sistema causal ha de ser lo más directo posible, por lo que el control debería realizarse en el momento en que el beneficiario reclame el cumplimiento de la garantía, pero indebidamente. Es en este momento cuando se debe determinar si el desplazamiento patrimonial que se produce con el pago de la garantía está justificado o no, ejercitando la oportuna excepción por parte del garante. Para ello hay que conocer todas las vicisitudes de la relación de base. En realidad, es un control que va más allá de la causa, puesto que cualquier circunstancia producida en esta relación podría oponerse al beneficiario. De ser tan amplio el control, la garantía **bancaria** dejaría de ser una garantía independiente.

Para superar estas dificultades, el camino que se debe seguir es otro. La respuesta de la independencia está en la garantía bancaria misma, en su función y su estructura. Esta idea está presente en la formulación de PÓRTALE, pero no por eso hay que recurrir al negocio abstracto. Para muchos

---

(55) A juicio de PÓRTALE, el artículo 2.033 del Código Civil italiano admite la *condictio indebiti*, como el artículo 1.271-3 la abstracción de causa en la delegación, trasladable al crédito documentario (en cuanto a la estrecha relación existente entre la delegación y la garantía bancaria son interesantes las reflexiones de MEO, *op. cit.*, págs. 240 y sigs., y, en especial, las notas 32 y 33, quien subraya el esquema suficientemente elástico que existe en los créditos documentarios, para organizar un «collegamento» entre las operaciones de base, lo que no es viable en las garantías bancarias en las que hay que preservar, por encima de todo, la independencia con la relación de base).

la abstracción de causa es simplemente un pretexto para justificar la independencia de determinadas garantías. Si la independencia puede tener su justificación en otras bases dogmáticas, el recurso al negocio abstracto carece de sentido, más cuando el sistema es causal. Además, el carácter incoloro o neutral del negocio abstracto relega totalmente, según MEO, la razón justificativa del compromiso en el plano interpretativo, y, por tanto, las condiciones del equilibrio interno de la «*fattispecie*» (56).

### III.3. LA BUENA FE COMO LÍMITE DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS ABSTRACTAS

La independencia tan indiscutible de las garantías bancarias se ha visto cuestionada desde hace ya algún tiempo por una línea jurisprudencial, que incluso ha encontrado un eco positivo en la doctrina, al admitir, bajo determinados presupuestos, la *exceptio doli*, pudiendo ser opuesta por el garante cuando el beneficiario ejerce abusivamente su derecho. Para esta jurisprudencia resulta indiferente que la garantía bancaria sea concebida como un negocio abstracto, puesto que por encima debe primar la buena fe contractual (57) (58).

Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, la *exceptio doli* no debería admitirse cuando la garantía bancaria se concibe como un negocio abstracto. No ya sólo porque supone una clara excepción a la separación formal que con la abstracción de causa se consigue entre el negocio precedente y el negocio posterior, sino, sobre todo, porque el carácter neutral del negocio abstracto desaparece cuando se entra en consideraciones subjetivas, referidas siempre a la relación de base. En principio, resulta ajeno al negocio

(56) *Op. cit.*, pág. 97.

(57) Un claro exponente de esta línea jurisprudencial constituyen las Sentencias del BGH de 12-3-1984 y 29-9-1989, según las cuales, aun cuando se trata de garantías abstractas, la exclusión de las excepciones está sometida a la buena fe contractual, es decir, tienen como límite el parágrafo 242 del BGB.

(58) En un plano procesal diferente se plantea también la posible adopción de medidas cautelares para evitar, momentáneamente, el pago de la garantía, concretamente cuando puedan existir elementos probatorios que indiquen que el requerimiento del beneficiario está injustificado. La naturaleza abstracta de las garantías se invoca a veces para negar la posibilidad de la adopción de medidas cautelares, como la interdicción de pago. En cualquier caso, se trata de medidas que tienen un carácter provisional. Ahora bien, una vez admitida por la jurisprudencia la *exceptio doli*, se abre el paso para admitir la adopción de medidas cautelares, debiéndose estar entonces a las normas procesales que rigen en cada país, para poder determinar qué medidas concretas se pueden adoptar. Los problemas procesales que pueden surgir no son pocos según la práctica judicial internacional. Entre los trabajos más recientes pueden verse específicamente, además de la obra de MÜLBERT (*op. cit.*, en especial, págs. 149 y sigs.), el estudio de DOHM, «*Messures provisionnelles et séquestre pour empêcher l'appel abusif d'une garantie bancaire sur demande*», *Rev. Droit des Affaires Internationales*, 1992, págs. 887 y sigs.

abstracto la buena fe con que actúa el acreedor, quien, con base en un título formal hace valer su derecho, sin que sea necesario hacer ninguna otra valoración, una vez que se den los condicionantes del título. Y si el negocio abstracto obligacional es un instrumento de pago, reforzando al máximo la garantía de pago con la exclusión de las excepciones de la relación de base, carece de sentido la *exceptio doli* en esta clase de negocios. El riesgo que asume el deudor o un tercero, a sabiendas que debe cumplir con su obligación aun cuando carece de causa o no está justificado el cumplimiento por cualquier otra circunstancia, es una característica intrínseca de todo negocio abstracto. En cualquier caso, uno u otro tiene a su alcance la *condictio indebiti* una vez cumplida la obligación abstracta. Con la abstracción de causa, al fin y al cabo, sólo se posponen los recursos para después del vencimiento. Si el deudor o el tercero quieren tener mayores defensas, entonces deben optar por negocios que dependan jurídicamente de la relación de base.

Ciertamente la *exceptio doli* no es oponible en cualquier caso, pudiendo ejercitarse sólo cuando es notoria la lesión de la buena fe contractual o existe una «prueba líquida» de la pretensión injustificada del beneficiario. Este carácter restrictivo de la excepción no impide, sin embargo, una importante fisura en el alto grado de independencia que tienen las garantías bancarias, al introducir el elemento de la buena fe contractual en negocios concebidos como abstractos y, por tanto, neutros (59). En realidad, con la *exceptio doli* las garantías bancarias dejan de ser garantías abstractas, para convertirse en garantías más accesorias, puesto que no sólo es posible entrar en el control de la causa, sino en cualquier vicisitud de la relación de base (por ejemplo, incumplimiento de la obligación, cumplimiento defectuoso, incumplimiento parcial, imposibilidad de cumplimiento por causa sobrevenida...). La amplitud con que se puede examinar entonces la relación de base puede poner en entredicho incluso el carácter restrictivo con que se quiere aplicar esta excepción, dada la enorme variedad de supuestos que pueden tener cabida en esta excepción (60). Cuántos más supuestos entran en la *exceptio doli* menor es la independencia de las garantías bancarias, lo que no se evita exigiendo que la prueba de las vicisitudes sea mediante la llamada «prueba líquida» o que

---

(59) Así, en el Derecho alemán, el parágrafo 242 del BGB constituye, con la admisión de la *exceptio doli*, un límite al carácter abstracto de las garantías bancarias, precepto del que han hecho uso los tribunales para negar las reclamaciones de beneficiarios que actuaron abusivamente.

(60) Especialmente crítico es MEO, denunciando la elasticidad con que se utiliza la *exceptio doli*, *op. cit.*, págs. 101 y sigs.; además de negar la abstracción de la garantía, pág. 110. También PORTALE tiene sus reservas, puesto que con las garantías bancarias se tutela al beneficiario de los denominados riesgos atípicos del contrato de base. Así lo expresa claramente en el breve comentario a la Sentencia de la «Corte di Cassazione», de 6-10-1989, recogido en la traducción española de su trabajo «Le Sezione Unite...»,

su constancia sea notoria. En realidad, con la admisión de la *exceptio doli* todo el discurso dogmático sobre las garantías bancarias se relativiza —y con ello también su naturaleza abstracta—, lo decisivo entonces es que se determinen con claridad los presupuestos de la excepción y en qué casos es oponible. Para muchos es este el tema central de las garantías bancarias (61), aunque ya se ha advertido que con este enfoque se pierde la perspectiva de lo que realmente son las garantías bancarias, tanto en cuanto a su funcionamiento interno como por lo que respecta a su estructura (62).

#### IV. LA ABSTRACCIÓN DE CAUSA Y LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS

Las garantías personales, cuando son independientes, o son abstractas o no accesorias, en clara contraposición a las garantías accesorias, por lo que, inevitablemente, hay alguna interrelación entre la abstracción de causa y la accesoriedad (63), pero que es sólo aparente. Ambas concepciones jurídicas encuentran su razón de ser en que siempre hay una relación jurídica preexistente, la cual sirve precisamente de base a una relación posterior, que puede ser abstracta o sólo accesorial. Ello ya implica de por sí un diverso grado de dependencia, que es casi total cuando el nexo entre ambas relaciones está presidido por la accesoriedad. Y, sin embargo, es prácticamente inexistente en el negocio abstracto que tiene por función básica la ruptura con la relación anterior (64). Atendiendo a este diferente significado de dependencia, la abstracción de causa y la accesoriedad más que relacionarse se contraponen.

---

*op. cit.*, págs. 660-661. En cualquier caso, la *exceptio doli* sólo cabe en casos excepcionales. La necesidad de una prueba notoria o «líquida» al menos objetiva la valoración de las vicisitudes de la relación de base («Le Garanzie bancarie...», *op. cit.*, pág. 21). No obstante, con la admisión de la *exceptio doli*, la entidad financiera garante se ve en la obligación de proteger al ordenante cuando el requerimiento de pago del beneficiario carece de justificación. En caso de omisión de este deber de protección, el ordenante puede oponer al garante el incumplimiento de este deber cuando éste ejercite la acción de reembolso (*idem*, págs. 23 y sigs.).

(61) Un ejemplo claro lo constituye la monografía de MÜLBERT, *op. cit.*

(62) Así, Bozzi, *op. cit.*, pág. 9.

(63) Según THIETZ-BERTRAM, «die Begriffe Akzessorietät und Abstraktion stehen nicht gleichsam im “luftleeren Raum”. Sie bedürfen vielmehr, wenn ihre Verwendung aussagekräftig sein soll, jeweils eines Beziehungsobjektes. Dabei stehen Akzessorietät und Abstraktion in einem reziproken Verhältnis zueinander» (*op. cit.*, pág. 179).

(64) Una mayor independencia se logra también cuando un negocio causal sucede a otro, modificando o novando la relación anterior, incluso para constituir un nuevo negocio jurídico (por ejemplo, los negocios declarativos y constitutivos tienen un alto grado de independencia).

En realidad, cumplen cometidos muy diferentes. Mientras que la abstracción de causa, en el ámbito de las relaciones obligacionales, tiene su razón de ser en una determinada concepción sobre el control de la causa, el desplazamiento patrimonial que previamente debe haberse producido y la protección de los intereses de los acreedores, la accesoriedad es una consecuencia meramente lógica cuando una relación posterior tiene por objeto una relación anterior. Esto explica que la abstracción de causa sólo puede darse cuando expresamente está prevista, además por ley, por la enorme trascendencia que ello supone cuando la causa de la atribución patrimonial, que constituye la base de la relación anterior, deja de ser trascendente para la relación posterior, independizándose ésta a los efectos de tener su propia validez y eficacia jurídica. En la accesoriedad, por el contrario, se da por sentado que siempre habrá un nexo de unión entre ambas relaciones, por supuesto también en cuanto a la causa, lo que no tiene que ser un obstáculo para que tenga la relación posterior su autonomía, incluso pueda reducirse la dependencia, a los efectos de tener su vida jurídica propia, bien por ley o bien por voluntad de los particulares.

La fianza, en su regulación legal y en sus manifestaciones de la vida práctica, constituye una muestra clara de esta posibilidad de otorgar a una relación accesorial una mayor autonomía para poder distanciarse de la relación subyacente. Por el juego de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de desligarse de la relación garantizada puede ir más lejos que la regulación legal de la fianza, la cual está construida sobre la base de la accesoriedad. La cuestión entonces son los límites. ¿Hasta dónde puede llegar el distanciamiento? ¿Cabe incluso romper con la accesoriedad? ¿Cabe eliminarla? ¿O estamos ante una figura contractual *ex novo* cuando se deja de lado la accesoriedad, como se apunta cuando se ha constituido una fianza «a primera demanda»?

La accesoriedad implica, como se ha dicho más arriba, un alto grado de dependencia, de tal manera que la relación accesorial queda impregnada, durante toda su vida jurídica, por la relación principal, en cuanto a su nacimiento, existencia, extensión y desarrollo. Cuando se trata de una garantía personal accesorial, la seguridad que puede ofrecer al acreedor estará condicionada por este alto grado de dependencia, pero asumida por el propio acreedor, que sabe que su objeto lo constituye la relación garantizada. En la medida en que la garantía viene configurada teniendo por objeto otra relación jurídica, la accesoriedad tiene como efecto que cualquier vicisitud de esta relación puede afectar a la garantía si el garante quiere hacer valer las excepciones de la relación de base. Para reducir este alto grado de dependencia cabe el pacto expreso de la renuncia de las excepciones oponibles, correspondientes a la relación garantizada. Pero aun así no se llega a romper del todo la accesoriedad en las

garantías personales próximas a la fianza, ni siquiera cuando la fianza es «a primera demanda».

La abstracción de causa, por el contrario, corta de raíz toda posible dependencia de otra relación, mediante la separación, creada, eso sí, artificialmente, entre la causa de la atribución patrimonial y la voluntad negocial posterior. Con ello deja de ser indiferente para la relación posterior no sólo la extensión y el desarrollo de la relación preexistente, sino su propia existencia y validez. Cuando la garantía se concibe como independiente, sea como negocio abstracto o no, la relación jurídica posterior ni siquiera tiene por objeto una relación anterior, sino que tiene su propio objeto, en la que el garante asume la deuda como suya, por tanto como propia, por lo que la relación de base queda separada totalmente de la garantía.

Estas reflexiones justifican nuestra afirmación anterior de que la abstracción de causa y la accesoriedad operan en planos bien diferenciados. La primera atañe a la causa, trata de evitar el control directo de la causa sobre un negocio posterior (en cualquiera de sus acepciones). La segunda, sin embargo, se explica por sí misma, atendiendo a la estructura de ciertas relaciones en las que una constituye el objeto de la otra. En estos casos, la accesoriedad resulta inevitable. Por estas razones rechazamos cualquier equiparación. Incluso eliminada toda dependencia accesorias, cuando se trata de garantías propiamente accesorias, la causa de la relación garantizada seguirá proyectando su sombra sobre la garantía. Es algo que no se puede evitar en las garantías accesorias. Para poder romper totalmente con la relación garantizada, las garantías deben ser abstractas o simplemente independientes.

Aun así, puede resultar provechoso, desde el punto de vista dogmático, una aproximación entre la abstracción de causa y la accesoriedad. A veces para explicar (65) en qué medida la garantía de naturaleza abstracta puede, no obstante, estar condicionada por la relación garantizada. También para explicar si el fin negocial de la garantía abstracta responde a una causa propia o tiene su origen en una causa anterior.

Incluso hay quien propugna la equiparación absoluta. Para FLUME, la contraposición de los negocios causales y abstractos se puede llevar también al terreno de las garantías, que pueden ser accesorias o causales, como la fianza, o no accesorias o abstractas, como la deuda territorial y la transmisión fiduciaria (66).

Lo que sí puede resultar interesante, para una mayor profundización en las garantías independientes, sobre todo cuando se comparan diversos sistemas jurídicos, es la intercambiabilidad de la abstracción de causa y de la accesoriedad. Este es el camino seguido por THIETZ-BARTRAM en su

---

(65) Así MÜLBERT, *op. cit.*, pág. 33.

(66) *Op. cit.*, págs. 155-156.

estudio comparativo entre los sistemas jurídicos alemán e italiano. Sobre la base de que la accesoriedad puede ser estructural o exclusivamente funcional, el grado de independencia es mayor cuando el nexo de unión es meramente funcional, es decir, cuando la garantía se presta en función de una deuda, pero desligada de ésta. El grado de independencia que se logra se asemeja a la independencia que se obtiene con la abstracción calificada por él de estructural. Lo que caracteriza a la accesoriedad funcional, o también llamada abstracción estructural (o relativa), es que en virtud de la causa-función del contrato de garantía existe una cierta relación con la relación de base. El fin de aseguramiento hace que la garantía siga vinculada a la relación principal, aun cuando para su eficacia le es indiferente la existencia y el cumplimiento de la relación principal (67). Sólo cuando la abstracción de causa es absoluta o funcional, ninguna accesoriedad se da, ya que para nada interesa al fin negocial la relación precedente. Como nada tiene que ver con la abstracción la accesoriedad estructural, es decir, cuando la dependencia de la relación accesoría con la relación principal es casi total.

Para THIETZ-BARTRAM existe una relación directa entre la accesoriedad funcional y la abstracción estructural. Esta relación puede justificar la independencia que debe darse en toda garantía bancaria, también cuando el sistema es causal, puesto que por la causa o el fin negocial de aseguramiento, contenido en la garantía, sigue habiendo un nexo, si bien sólo funcional, con la relación garantizada. Como en un sistema causal es imposible que las obligaciones de garantía sean estructuralmente abstractas (68), y, por otra parte, cualquier construcción basada en la fianza choca con la accesoriedad desde el punto de vista también estructural (69), la única explicación es que la garantía bancaria, como contrato con autonomía propia, sea concebida como una garantía accesoría en el sentido funcional (70), que es lo mismo que decir que su abstracción es al menos estructural (o relativa), ya que por su fin negocial está unida a la relación garantizada, aun cuando la causa de la atribución patrimonial (la causa externa o la justa causa) no puede afectar a la garantía.

---

(67) *Op. cit.*, págs. 88, 94 y 97.

(68) *Idem*, págs. 97-98.

(69) *Ibidem*, págs. 98-99.

(70) Esta parece ser su conclusión, pág. 99 y sigs., con independencia de que caben distintas modalidades de garantías bancarias, pero en todas se intenta el máximo grado de independencia para que la accesoriedad sea sólo funcional. Como él mismo precisa, «der Abstraktionsgrad der Bankgarantie ergibt sich jeweils aus dem Willen der Parteien, insbesondere dem Inhalt der Vertragsurkunde. Dabei nimmt die garanzia bancaria "a prima richiesta" wegen ihrer nur funktionellen Akzessorietät einen recht hohen Abstraktionsgrad ein ("astrattezza relativa")» (pág. 97).

Esta construcción dogmática trata de encontrar una respuesta a un problema fundamental: cuando una relación jurídica sucede a otra, la causa de la primera condiciona a la posterior, sobre todo justifica el desplazamiento patrimonial producido ya anteriormente (por ejemplo, el pago del precio a cambio de una contraprestación). Cuando ese desplazamiento patrimonial no se produce, falta la razón jurídica para exigir el cumplimiento de la relación posterior. En cualquier sistema causal se trata de evitar situaciones en las que falta la causa de la atribución patrimonial (o es ilícita o inmoral), incidiendo negativamente la causa anterior en la causa posterior. Pero para que la relación posterior tenga su autonomía, especialmente importante cuando mediante ella se trata de ofrecer una seguridad al acreedor, debe tener una función propia y ajena a la causa de la atribución patrimonial precedente. Esta autonomía sólo se logra, según THIETZ-BARTRAM (71), atribuyendo a esta relación un fin negocial propio —el fin de aseguramiento—, que, lógicamente, no existe por sí solo, sino que encuentra también su explicación en la relación garantizada. De este modo, no se produce ninguna colisión con un sistema causal cuando la garantía tiene su propia causa. El fin negocial de aseguramiento, que constituye la causa funcional de la garantía, da la suficiente independencia a la promesa de garantía para que queden al margen de ella no sólo la vigencia y el cumplimiento de la obligación garantizada (se excluye, así, la accesoriedad estructural), sino la existencia de la misma, y, con ello, la causa de la relación de base (se aproxima, en cuanto a los efectos, a la abstracción de causa, o, que es lo mismo, a la abstracción estructural) (72). Este grado de independencia, sin embargo, no puede llegar a ser tan radical que la abstracción sea incluso funcional o absoluta, es decir, que la garantía no incorpore una causa-función, ni siquiera en el sistema alemán (73).

En un sistema causal, sin embargo, no se puede desconocer el nexo estructural existente entre ambas relaciones —la relación garantizada y la relación de garantía—. En virtud de este nexo jurídico, el garante de una garantía autónoma está al menos facultado para ejercitar directamente la *condictio* («Direktkondiktion») para descubrir la ilicitud o inexistencia de la causa de las relaciones subyacentes («mulita doppia causa») (74). También cuando el beneficiario ha utilizado abusivamente la garantía (75). Por

---

(71) En su planteamiento influye considerablemente la tesis de PÓRTALE, quien califica a la garantía bancaria como un «contratto autónomo di garanzia».

(72) Así lo pone de manifiesto THIETZ-BARTRAM, *op. cit.*, págs. 100-101.

(73) *Idem*, pág. 94.

(74) *Ibidem*, *op. cit.*, págs. 142-143.

(75) *Ibidem*, pág. 142.

tanto, la accesoriedad no llega nunca a romperse, puesto que en algunos casos cabe actuar directamente contra el beneficiario (76).

La accesoriedad así entendida —es decir, funcionalmente— hace mucho más borrosa la distinción entre la garantía bancaria y la fianza «a primera demanda», al pretender, con este enfoque, unir las ventajas de la abstracción de causa con las ventajas de la eliminación de la accesoriedad. Por otra parte, se corre el peligro de que se alteren las bases dogmáticas de uno y otro instrumento de garantía. Un ejemplo lo constituyen algunas resoluciones judiciales del BGH alemán, cuando, sobre la base de la accesoriedad funcional, conceden al garante de una fianza «a primera demanda» la *condictio indebiti* del parágrafo 812 del BGB, cuando esta acción está reservada sólo al deudor de una obligación abstracta (77).

## V. LAS GARANTÍAS BANCARIAS NO ACCESORIAS

### V.1. LA ACCESORIEDAD EN LAS GARANTÍAS PERSONALES

La accesoriedad está siempre presente en las garantías, personales y reales, dado que, por norma general, el objeto de las garantías es la obligación asegurada, existiendo, por tanto, una íntima relación entre esta obligación y la obligación de garantía que se manifiesta mediante la accesoriedad. Tiene un significado claramente estructural, puesto que expresa la dependencia de la obligación o relación de garantía con la obligación o relación asegurada. Como elemento estructural de las garantías personales, tiene su más claro exponente en la fianza, presente en su regulación legal,

---

(76) «Eine Direktkondiktion steht der Garantiebank gegen den Begünstigten grundsätzlich nicht, ausnahmsweise nur in den folgenden Fällen zu: bei Nichtigkeit der Bankgarantie; bei Anfechtbarkeit nur, wenn das Kreditinstitut nicht in Kenntnis darüber aus freien Stücken gezahlt hat; im Falle offensichtlichen Rechtsmissbrauchs; beim sog. „Doppelmängels“; bei Unterlassen der Anzeige an den Auftragsgeber, dass das Kreditinstitut zahlen wird; und schliesslich bei Zurechenbarkeitsmängeln, sei es wegen fehlenden oder gefälschten Garantieauftrags, sei es wegen Konkurses des Auftraggebers vor Stellung der Garantie» (THIETZ-BARTRAM, *op. cit.*, pág. 144).

(77) Según v. WESTPHALEN, die BGH-Judikatur bewirkt zur Bürgschaft auf «erstes Anfordern», dass die Trennlinie zur international akzeptierten, auf «erstes Anfordern» zahlbar gestellten Bankgarantie undeutlich wird. Ihre dogmatische Begründung verschiebt —und darin liegt der Nachteil— die bürgschaftspezifische Akzessorietät auf den nach § 812 BGB durchzuführenden Rückforderungsprozess zwischen Begünstigten und Bürgen. Der Grundsatz der Abstraktheit im Sinn der «äusserlichen Abstraktheit» wird nur für die vorläufige Zahlung auf «erstes Anfordern» beibehalten. Aus diesem Grund vereint die Sonderform der Bürgschaft auf «erstes Anfordern» die kurzfristigen Vorteile der Abstraktheit mit den bürgschaftspezifischen Nachteilen der Akzessorietät im Rückforderungsprozess, *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, págs. 77-78.

siendo una característica de la misma. Tan es así que mayoritariamente se considera que es esencial a la fianza, incluso llega a ser concebida como un principio dogmático.

Es tan evidente la accesoriedad de la fianza que no se pone en duda la unión inseparable que tiene con la relación garantizada, que abarca al nacimiento, desarrollo, extensión y extinción de ésta, además por exigencia legal como lo aseveran muchos preceptos del Código Civil, que rigen, a su vez, para la fianza mercantil. Sólo últimamente, por la aparición de nuevas garantías mercantiles, como el aval bancario, la fianza «a primera demanda», las garantías independientes y bancarias y el seguro de caución con cláusula «a primer requerimiento», la accesoriedad vuelve a ser referencia básica para la doctrina y la jurisprudencia, seguramente conscientes de que constituye un serio obstáculo para la admisión de estas nuevas garantías personales por su ruptura con el dogma de la accesoriedad.

La limitación, o incluso la derogación, de la accesoriedad, disminuyendo o eliminando la dependencia con la relación garantizada, para reforzar aún más la garantía, aunque sea por la voluntad contractual, en razón, además, de determinadas necesidades del tráfico mercantil, choca inevitablemente con la regulación legal de la fianza, que está, por norma general, en los Códigos Civiles, dada la brevedad de su articulación en los Códigos de Comercio (nuestro sistema jurídico es un claro ejemplo de lo que acabo de decir). En definitiva, como subraya VALENZUELA, la realidad de que el tráfico mercantil actual supera su ámbito típico de las previsiones legales sobre el contrato de fianza, habrá de quedar ahora complementada, en todo caso, por un segundo factor: el del recurso al principio de autonomía contractual privada, en los límites que señala cada ordenamiento jurídico (78). Hay garantías que suponen, como señala este autor, una «huida» de los inconvenientes de la fianza típica; y, muy marcadamente, se trata de una reacción frente a los inconvenientes extraíbles de las disposiciones que comportan la nota de la accesoriedad que caracteriza aquélla. En este sentido, va a ser ampliamente constatable que el intento de supresión o debilitamiento de la accesoriedad mucho tiene que decir en el origen de la aparición de las garantías personales atípicas (79).

La posibilidad de limitar o de eliminar la accesoriedad se ha cuestionado sobre todo a raíz del reconocimiento jurisprudencial de la figura de la fianza «a primera demanda». Un fenómeno bien distinto son las garantías independientes, y más concretamente las garantías bancarias, cuya aparición

---

(78) *El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales*, trabajo mecanografiado, pág. 6 (el cual me ha sido entregado amablemente por su autor).

(79) *Idem*, pág. 8.

es bastante anterior, y que constituyen la antítesis de las garantías accesorias. Por tanto, la referencia a la accesoriedad debería servir, en este caso, sólo como criterio delimitador de aquellas otras garantías, por excelencia la fianza, que no son independientes. Sin embargo, últimamente, a nivel dogmático y también jurisprudencial, se está produciendo una confusión entre ambos tipos de garantía, precisamente por la accesoriedad, por entender que no es tan absoluta en las garantías bancarias y es admisible su casi eliminación en la fianza «a primera demanda». Con ello se quiere dar a entender que son instrumentos de garantía prácticamente idénticos, lo que, a nuestro parecer, nos parece totalmente equivocado, sobre todo porque ambas garantías tienen una base dogmática diferente. Mientras que la fianza «a primera demanda» tiene necesariamente por base la fianza, teniendo, por tanto, siempre como límite la accesoriedad, las garantías bancarias son garantías *sui generis* que tienen su razón de ser en la independencia. Planteamientos en sentido contrario, no sólo tienen como resultado final la denegación de la existencia jurídica de las garantías bancarias, sino que necesariamente quedarían sometidas a las características de la fianza, borrando toda diferenciación entre aquéllas y la fianza «a primera demanda».

Por ello, es necesario que se determine el significado de la accesoriedad en las garantías personales, la posibilidad de su modulación contractual, incluso su eliminación por voluntad de las partes. Ello nos permitirá comprender la figura de la fianza «a primera demanda» y sus diferencias con las garantías bancarias.

## V.2. EL SIGNIFICADO DE LA ACCESORIEDAD

La accesoriedad supone que se toma por relación otro objeto, en este caso, una relación jurídica, que en las garantías tiene carácter de principal. Esta sucesión de relaciones necesariamente conduce a una dependencia, que tiene, ante todo, un significado jurídico pero también funcional y económico. Hay un nexo jurídico por lo que respecta a las vicisitudes de la relación principal que condiciona la vida jurídica de la relación accesoría. El nexo funcional explica la razón de ser del aseguramiento de una obligación anterior. Y el nexo económico está presente en todas las garantías cuando tienen por objeto la garantía de obligaciones pecuniarias.

La accesoriedad explica la dependencia de una relación con otra, marcando una la vida jurídica de la otra. En el caso de las garantías accesorias quien determina la vida jurídica es la obligación garantizada. Esta dependencia jurídica, como precisa MEDICUS, significa que «un derecho determina el destino de otro, pero no inversamente. Un derecho es "dirigente" (la obligación principal) y otro es el "dirigido" (la obligación de garan-

tía» (80). Hay, por tanto, una unión que viene de abajo arriba, que, en palabras de VATTIER FUENZALIDA, supone la existencia de una relación vertical y jerarquizada de subordinación y dependencia entre la obligación principal y la obligación accesoria, y, con ello, se produce una comunicación de régimen jurídico en el sentido de que el de la obligación principal se extiende a la obligación accesoria (81). En definitiva, siguiendo a LETE DEL RÍO, es de esencia al vínculo de accesoriedad que el derecho accesorio está unido absolutamente al derecho principal, es decir, el derecho accesorio debe seguir la misma suerte del derecho principal (82).

La accesoriedad tiene también un claro significado funcional cuando se trata de garantías, especialmente cuando son de naturaleza personal, subrayado por GUILARTE ZAPATERO, quien hace hincapié en el nexo de unión funcional **que** existe entre la obligación de garantía y la obligación garantizada. Hay, refiriéndose a la fianza, una dependencia funcional al vínculo fiado, con el que, a diferencia de lo que ocurre en otros casos de accesoriedad, el subordinado no llega nunca a confundirse, siendo posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias que integran un fenómeno complejo pero sometidas a un régimen propio y distinto (83). Esta identidad de fin e interés de la fianza y de la obligación principal aclara suficientemente todas las situaciones en las que parece enturbiarse la accesoriedad ante la aparente autonomía de aquélla respecto de ésta... (84). En consecuencia, según GUILARTE ZAPATERO, la dependencia se manifestará siempre que persista el interés del acreedor al que la garantía sigue hasta su satisfacción plena (85).

Por último, la accesoriedad en las garantías tiene un significado también económico. CASANOVAS MUSSONS, cuyas reflexiones giran igualmente en torno a la fianza, explica la accesoriedad como una función de naturaleza económica. El concepto de accesoriedad atiende al mundo de los bienes o cosas susceptibles de apropiación y señala la relación de servicio o utilidad que la voluntad humana establece entre ellas. Se trata, según él, de una función económica, a la que el Derecho reconoce determinada trascendencia. Esta relevancia jurídica de la accesoriedad se sintetiza en

---

(80) «Die Akzessorietät im Zivilrecht», *JuS*, 1971, pág. 497.

(81) Pág. 39.

(82) Notas sobre los derechos accesorios, *RGLJ*, pág. 50.

(83) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXIII, artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, Jaén, 1980, págs. 16-17. El mismo autor, en términos mucho más generales, también en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN y SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, págs. 1782-1783.

(84) *Idem*, pág. 17.

(85) *Ibidem*, pág. 17.

la aplicación a los accesorios del mismo régimen jurídico que se aplica a las cosas de las que funcionalmente dependen (86). Este concepto de accesoriedad es trasladable al campo de los derechos de crédito en general (87) y es inherente a los derechos de garantía: forma parte de su naturaleza jurídica (88).

Estas connotaciones de la accesoriedad, propias de las garantías personales, están presentes en el prototipo legal de la fianza, de tal manera que la fianza, en su concepción tradicional, sólo se concibe teniendo en cuenta la obligación principal. Sin prejuzgar la autonomía de la fianza, incluso su propia sustantividad, la dependencia —en sus tres significados: jurídico, funcional y económico—, es una característica tan intrínseca de ella, presente a lo largo de su regulación legal, que ha hecho que algunas de sus normas estén quedando caducas ante las nuevas necesidades del tráfico jurídico. Sobre la base de la autonomía privada y, sobre todo, por razones económicas están apareciendo, especialmente en el ámbito mercantil y bancario, nuevas formas de garantía que están vaciando de contenido las normas legales de la fianza, algunas de ellas cada vez más obsoletas, convirtiéndose la fianza en su concepción más tradicional, lentamente, en un instrumento de garantía para el pequeño mundo comercial y artesanal.

### V.3. LA MODULACIÓN CONTRACTUAL DE LA ACCESORIEDAD

La fianza, como garantía personal por excelencia, está cambiando sustancialmente, adaptándose a las nuevas exigencias del tráfico jurídico, especialmente en el ámbito comercial, tanto que algunas normas civiles de la fianza están cayendo en desuso o se están derogando por la práctica contractual diaria. No sólo se busca la mayor efectividad del cumplimiento de la obligación de garantía en beneficio del acreedor (como, por ejemplo, cuando se constituye la fianza solidaria o se renuncia expresamente al beneficio de excusión, fórmulas utilizadas en todas las garantías mercantiles, con lo cual se están derogando las normas de la fianza basadas en la subsidiariedad), sino incluso que la ejecución de la garantía sea rápida (89), buscando un cierto automatismo, como, por ejemplo, cuando la fianza es por deudas futuras, concretamente cuando es indemnizatoria u *omni-*

---

(86) *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 8.

(87) *Idem*, pág. 8.

(88) *Ibidem*, pág. 10.

(89) Una exposición general de la modulación contractual de las fianzas puede encontrarse en «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas», L. DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, *RDN*, 1993, págs. 9 y sigs.

*bus* (90) o cuando se presta un aval como garantía (91). Para lograr esta última finalidad, se puede incluso independizar la garantía de la obligación asegurada. Cuanto mayor sea la independencia, mayor garantía tiene el acreedor de cobrar la cuantía asegurada. Esta es la función de la fianza «a primera demanda», que coincide, por tanto, con la función de las garantías bancarias.

Para lograr este efecto hay que eliminar la accesoriedad de la fianza, excluyendo cualquier grado de dependencia con la obligación asegurada. La eliminación de la accesoriedad es un presupuesto básico de la fianza «a primera demanda» y también de las garantías bancarias si se considera que son afines a la fianza. Sin embargo, habrá que preguntarse si la voluntad de las partes puede configurar una garantía sobre la base de la eliminación de la accesoriedad cuando la accesoriedad constituye si no un elemento esencial de la fianza, sí un principio dogmático. En cualquier caso, con la eliminación de la accesoriedad se configura una garantía que poco tiene que ver con la fianza en su concepción más clásica.

Ciertamente, la accesoriedad puede ser modulada por la voluntad y el interés de los particulares. Como dice VATTIER FUENZALIDA, «es un factor relativo de índole subjetiva que depende primordialmente de la configuración que los contratantes hayan dado al conjunto de prestaciones debidas y a la relación interna existente entre ellos» (92). Por lo que respecta a la fianza, cabe, por la autonomía de la voluntad, establecer una mayor o menor accesoriedad con la obligación garantizada. ¿Pero se puede llegar tan lejos hasta eliminarla?

#### V.4. LA ELIMINACIÓN DE LA ACCESORIEDAD

De antemano hay dos obstáculos jurídicos que dificultan en cualquier sistema jurídico una respuesta afirmativa. Así, claramente, la fianza no puede existir sin una obligación válida (arts. 1.824 Código Civil, 767 BGB, 1.939 Codice Civile, 2.012 Code Civil...). Y es propio de la fianza que el fiador pueda oponer todas las excepciones que competen al deudor principal y son inherentes a la deuda (arts. 1.853 Código Civil, 768 BGB, 1.945 Codice Civile, 2.036 Code Civil...). Son características que tienen su base precisamente en la accesoriedad de la fianza. Como efecto principal es

---

(90) Vid., entre la doctrina española, el trabajo de M. DE Cossío, en «La fianza por deudas futuras. Interpretación y perspectivas del artículo 1.825 del Código Civil», *Revista de los Negocios*, 1993, núm. 31, págs. 1 y sigs.

(91) Vid. BLANCO CAMPANA, *op. cit.*, págs. 684 y sigs.

(92) *Op. cit.*, pág. 39.

impensable una fianza cuando la obligación garantizada es nula. Y aunque es posible que el fiador pueda renunciar a excepciones de la relación garantizada, no puede renunciar a cualquier excepción.

También es propia de la fianza, debido precisamente a la accesoriedad, que la condición del fiador no puede ser más onerosa que la del deudor principal (arts. 1.826 Código Civil, 1.941 Codice Civile, 2.013 Code Civil...). Como también se exige que la fianza sea expresa y que no pueda extenderse a más de lo contenido en ella (arts. 1.827 Código Civil, 766 BGB, 1.937 Codice Civile, 2.015 Code Civil...).

En los términos en que están redactadas las reglas podría pensarse que se trata de reglas imperativas, inderogables por la autonomía privada (93). Pero en realidad expresan lo que es la fianza en su estructura más tradicional, una garantía que depende de la relación garantizada. Es decir, más que reglas esenciales de la fianza son reglas básicas o connaturales de una garantía que sustancialmente es accesorio. En definitiva, constituyen en palabras de VALENZUELA, elementos tipificadores de la fianza (94).

En cualquier caso, son reglas difícilmente conciliables con las garantías bancarias, como también lo son para la fianza «a primera demanda», al ser garantías básicamente no accesorias.

#### V.4.a) *La exclusión de la nulidad de la relación garantizada*

Para las garantías bancarias es indiferente cualquier vicisitud de la relación de valuta, inclusive su nulidad. Mediante las garantías se quiere evitar todo tipo de control sobre la relación principal, y, por supuesto, el control sobre la causa de la atribución patrimonial, la ilicitud del objeto, el incumplimiento de ciertas formalidades administrativas o fiscales, posibles operaciones fraudulentas... Cualquier posible repercusión de la nulidad de la obligación asegurada sobre la garantía prestada se debe impedir si realmente se quiere lograr que sea una garantía independiente. A las propias entidades bancarias no les interesa, ya que les obligaría a controlar la relación de valuta y oponer, en su caso, la correspondiente excepción para no verse perjudicadas, con posterioridad, en el ejercicio de la acción de regreso contra el deudor principal. Por otra parte, al asumir un riesgo, que no es sólo comercial sino también financiero, las garantías bancarias independientes se convierten en instrumentos jurídicamente neutros, por la pro-

---

(93) Así, lo apunta M. DE Cossío, al comentar el artículo 1.824 del Código Civil, afirmando que es de derecho necesario, lo que no impide, con criterios siempre restrictivos —a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil—, unos ciertos límites de maniobrabilidad, *op. cit.*, pág. 9.

(94) Así califica a la accesoriedad en el ámbito de la fianza, *op. cit.*, pág. 14.

pia posición que ocupan las entidades bancarias en este tipo de prestaciones, y, por tanto, ajenas a las anomalías de la relación garantizada (95). Esta indiferencia a las anomalías de la relación de base explica, en gran parte, que cualquier intento de aproximación a la fianza fracasa de antemano (96).

Esta misma indiferencia debería existir para la fianza «a primera demanda». Sin embargo, la regla general de que la fianza no puede existir sin una obligación válida (97) es difícilmente conciliable con una fianza que quiere ser lo más independiente posible de la relación garantizada. Esta indiferencia alcanza tanto a la nulidad absoluta como a la nulidad relativa. O en términos más amplios a la inexistencia (98) y a la ineficacia (99). En definitiva, cualquier anomalía jurídica de la relación garantizada destruye la garantía accesoria (100). Por tanto, la regla general va mucho más lejos que el control sobre la causa de la atribución patrimonial, siendo la máxima expresión de lo que es la accesoriedad, en términos casi absolutos, dado que la existencia misma de la relación principal rige la vida jurídica de la fianza. Por ello, resulta difícil admitir la renuncia de excepciones referentes a la misma existencia jurídica de la obligación principal, como la nulidad absoluta, cuya sanción siempre tiene lugar cuando se colisiona con una norma prohibitiva o imperativa o se atenta contra el orden público o la moral, lo que iría, además, en contra del propio ordenamiento jurídico. Lo

---

(95) Vid. MEO, *op. cit.*, págs. 179 y sigs. y, en especial, págs. 306 y sigs., donde matiza lo que él llama vicios de tipo «comercial», debiéndose distinguir claramente entre los vicios que tienen su origen en la relación subyacente y los vicios propios de las garantías bancarias.

(96) Así, v. WESTPHALEN, *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, págs. 92-93, cuando se pregunta por la aplicación analógica del parágrafo 767 del BGB. Lo impide el principio de accesoriedad, por lo que el banco, emisor de la garantía, no está legitimado para referirse a la inexistencia de la relación garantizada. En todo caso, podría ser de aplicación el artículo 139 del BGB, de existir una unidad jurídica entre la relación garantizada y la garantía independiente.

(97) Me parecen acertadas las reflexiones de CARRASCO PERERA cuando afirma que el principio de comunicación, que también se da cuando hay una fianza, no se puede aplicar a todo tipo de nulidades, por ejemplo, cuando se produce una infracción administrativa o falta alguna autorización contractual o la forma en el negocio base (*op. cit.*, pág. 203). Puede consultarse también mi trabajo «La repercusión de la nulidad "dentro" y "fuera" del contrato», en *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXV, CGPJ, 1995, págs. 59 y sigs., en especial, págs. 66-68; y en cuanto a la extensión de la nulidad del contrato principal al contrato accesorio, págs. 100-103.

(98) Así, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pág. 201.

(99) Así, GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pág. 69.

(100) Algunas causas de nulidad se excluyen expresamente como la prevista en el párrafo segundo del artículo 1.824 del Código Civil, dado su carácter eminentemente personalista.

mismo se puede decir de la nulidad relativa, sólo que, en este caso, la anomalía que padezca la relación garantizada afectará sólo temporalmente a la garantía, puesto que cabe siempre la subsanación entre el deudor principal y el acreedor o la prescripción de la acción de nulidad.

Cuando no obstante se presta una fianza, a sabiendas que la relación principal es nula radicalmente, se argumenta que se trata, en realidad, de una obligación diferente, resultado de una donación, una promesa indemnizatoria, una promesa por hecho ajeno o una garantía en general... (101). Pero de ser así, al tratarse de relaciones jurídicas nacidas *ex novo*, carecen de una causa externa, por lo que resulta ya indiferente lo que sucedió anteriormente. Es como si estas declaraciones de voluntad se hubiesen realizado sin tener en cuenta las circunstancias anteriores. Como si nunca hubieran existido con anterioridad. La causa de estas declaraciones de voluntad habrá que buscarla entonces en esta nueva relación jurídica.

Pero cuando se trata de garantías, incluso cuando son independientes, siempre hay algún ligamen, al menos funcional, con la obligación garantizada. Según palabras de TIETZ-BARTRAM (102), en las garantías propiamente accesorias la accesoriedad es claramente estructural —hay un nexo jurídico proyectado por la relación principal sobre la garantía—. En las garantías independientes la accesoriedad es, en todo caso, funcional —hay un nexo funcional en cuanto la garantía tiene su razón de ser en asegurar el cumplimiento de una relación principal—. Además se prestan para que no se discuta posteriormente una nulidad detectada —sobrevenida o no— en la relación de base, pero no cuando la nulidad es ya conocida por el garante.

Mientras no ofrece dudas la intrascendencia de la nulidad de la relación de base (o en términos más amplios la ineficacia o la invalidez) en las garantías bancarias, habrá que preguntarse cómo opera cuando la garantía prestada es una fianza «a primera demanda». ¿No opera, en este caso, la regla general de que no cabe una fianza sin una obligación válida? ¿O está excluida por la renuncia implícita de las excepciones que pueden oponerse por motivos de nulidad, inexistencia o invalidez de la relación asegurada? En atención a la regla general parece claro que no es posible evitar, en términos generales, la propagación de la nulidad, más cuando es una consecuencia intrínseca de la accesoriedad. Un planteamiento en sentido contrario, convierte la fianza «a primera demanda» en una garantía independiente, por tanto, idéntica a las garantías bancarias. Al menos cuando se entiende que no le afecta la regla según la cual no puede existir una fianza sin una obligación válida. Distinto alcance puede tener sin embargo la

---

(101) Vid., por todos, con carácter general, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, págs. 201-205.

(102) *Op. cit.*, págs. 91 y sigs., y 172 y sigs.

fianza cuando el fiador renuncia a las excepciones, eliminando en parte el vínculo accesorio con la relación garantizada, pero esta ruptura nunca puede ser total (el límite es la nulidad de la relación garantizada, que necesariamente afectará a la garantía prestada).

V.4.b) *El límite de la renuncia de las excepciones de la relación garantizada*

El fiador puede oponer «cuantas excepciones derivadas de la validez, de la eficacia del contenido de la obligación fiada, de su resolución y extinción de vicios del consentimiento, de la novación, confusión, compensación, transacción y, en general, cualquier hecho o acto que haya extinguido total o parcialmente el crédito garantizado» (103). Sólo son inoponibles las que no sean inherentes a la deuda principal, como son las puramente personales y también aquéllas que se refieren a la insolvencia del deudor principal.

Esta amplitud de excepciones que se concede al fiador es como consecuencia del alto grado de dependencia de la fianza con la relación de base (104). Dado que con la fianza se asegura una obligación ajena, el fiador, en realidad, no sólo está facultado para oponer las excepciones de la relación de base, sino que está obligado por su relación interna con el deudor principal.

La oponibilidad de las excepciones de la relación de base, tan connatural a la fianza, ¿puede renunciarse sin más?, ¿sin límite alguno? Lo cierto es que una renuncia de todas las excepciones no encaja bien en una garantía que por su naturaleza es accesorio.

En principio, podría objetarse incluso que sea admisible cualquier renuncia por parte del fiador de las excepciones inherentes a la deuda asegurada, si se considera la accesoriedad como algo inherente, hasta esencial, de la fianza. CERDA OLMEDO, no sin razón, se pregunta si la accesoriedad en la fianza es de orden público; de ser así no sería posible la renuncia a ninguna de las excepciones (105).

Más que un requisito esencial de la fianza, la accesoriedad es algo connatural a ella, pudiendo ser modulado el grado de dependencia que tiene la fianza con la relación de base, por lo que es perfectamente viable un

---

(103) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pág. 342.

(104) CAS ANO VAS MUSSONAS explica esta amplitud en razón de la subsidiariedad de la fianza. «Al afectar a la eficacia de la obligación (por ejemplo, el dolo, la violencia, la cosa juzgada, el juramento decisorio o la transacción) en razón de la obligación misma (que constituye el presupuesto de la del fiador), se legitima a éste, como obligado subsidiario, para su oposición (op. cit., pág. 46).

(105) *Op. cit.*

pacto de renuncia de excepciones (106), normalmente acordado con anterioridad entre el deudor principal y el garante. Al menos de la concepción legal y tradicional de la fianza no se deriva que la accesoriedad no pueda reducirse, incluso limitarse, si es en interés de las partes —deudor principal, fiador y acreedor—. Al menos la autonomía privada no lo impide como tampoco las normas que tienen por base la accesoriedad de la fianza, cuyos contenidos responden sólo a la estructura lógica de la fianza. Esta estructura es moldeable contractualmente (107). Ahora bien, ¿puede moldearse de tal manera que se rompa con la estructura básica de la fianza? Por poder se puede, pero, en este caso, no se trata de una fianza, sino de otra garantía cuando la función que asume es asegurar una obligación, pero sin conexión jurídica alguna con la obligación precedente.

En la fianza rige también la regla según la cual el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Esta regla prohíbe, en realidad, la fianza *in diuorem causam* (108). Un serio obstáculo, pues, no ya sólo para cualquier pacto de renuncia de una excepción determinada (por ejemplo, inoponibilidad de la excepción de incumplimiento —en sus más variadas acepciones—), sino para la misma fianza «a primera demanda». Para evitar los efectos negativos —reducción de la garantía a los límites de la obligación principal— se propone que el deudor principal renuncie igualmente a las excepciones que pudiera oponer frente al acreedor y beneficiario de la garantía, con lo cual se neutraliza la posición jurídica del deudor y del garante, manteniéndose la identidad entre la obligación asegurada y la fianza y no hace más gravosa la posición jurídica del fiador. O al menos que el deudor principal renuncie a oponer al fiador las excepciones que éste hubiera podido esgrimir frente al acreedor (109). De este modo se salva la

---

(106) Así, la Sentencia del RG, de 8 de febrero de 1937, y la Sentencia del BGH de 13 de noviembre de 1952, citadas por WETH, «Bürgschaft und Garantie auf erstes Anfordern», *AcP*, 1989, págs. 319 y 320, respectivamente.

(107) También CARRASCO PERERA que cree que «no pueda sostenerse en nuestro derecho esa especie de “formalización” del juicio de validez que supone negar que el artículo 1.853 sea irrenunciable en sede de fianza, pero que sea perfectamente excluible si las partes se han puesto de acuerdo en llamarlo contrato de garantía o similar». Refiriéndose expresamente a la STS de 14 de noviembre de 1989, matiza que «este proceder deja de considerar la justificación o injustificación “material” de esta exclusión, que al cabo es la única relevante» (*op. cit.*, pág. 241).

(108) Vid. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 95.

(109) Así CARRASCO PERERA: «el artículo 1.826 no resulta afectado si va acompañado con la renuncia lógica por parte del deudor a oponer ex artículo 1.840 sus excepciones de valuta en vía de regreso» (*op. cit.*, pág. 240). Además, añade que el pago realizado por el fiador, también cuando se renuncia a las excepciones, es provisorio, ya que existirá siempre la acción de regreso: «al final el fiador “a primer requerimiento” pagará lo mismo (o menos) de lo que hubiera debido pagar el deudor principal» (pág. 240).

accesoriedad que existe en toda fianza y no se desnaturaliza una garantía que quiere ser lo más independiente posible de la relación garantizada (110). Planteamientos como éstos, en realidad, poco tienen que ver con la fianza. Ya no se trata de modular la fianza, reduciendo su grado de accesoriedad, sino lo que se intenta es construir nuevas relaciones entre el deudor principal, el garante y el acreedor con el fin de lograr los mismos efectos que las garantías independientes pero mediante la fianza.

Como ha señalado HORN, el fiador puede renunciar a excepciones cuando éstas constituyen determinados medios de defensa del deudor principal siempre y cuando subsista básicamente la deuda principal y con ello la base de la responsabilidad accesoria. Pero si con la renuncia de las excepciones la responsabilidad del garante no varía aun cuando se reduce la responsabilidad del deudor principal, entonces no puede tratarse propiamente de una fianza, sino de una declaración de otro alcance (111).

En definitiva, por mucho que se quiera reducir la accesoriedad, hasta eliminarla, hay toda una serie de reglas que cuando se alteran, como sucede cuando la fianza es «a primera demanda», desnaturalizan tanto que las fianzas no accesorias son, en realidad, garantías independientes. Ello no ha constituido, sin embargo, un obstáculo para que desde la década de los setenta empiece a ser admitida la fianza «a primera demanda», concretamente en Alemania, como figura contractual distinta a las garantías independientes. Es más, a pesar de la accesoriedad, se han intentado fundamentar las garantías independientes en la propia fianza, especialmente en los sistemas jurídicos que desconocen garantías abstractas.

Sobre la base de estas últimas consideraciones, queremos ahora profundizar en los esfuerzos que en algunos países ha realizado la doctrina y la jurisprudencia para dar cabida a la fianza «a primera demanda» y a las garantías bancarias aun cuando la regla general es la accesoriedad en la fianza.

#### V.5. LA POSTURA DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA

##### V.5.a) *La admisión de la fianza no accesoria: la fianza «a primera demanda» en el Derecho alemán*

La figura de la fianza «a primera demanda» tiene en el Derecho alemán su principal valedor en el reconocimiento expreso de la jurisprudencia y también de una parte de la doctrina alemana. Por ello es interesante un

---

(110) Así HORN, *op. cit.*, pág. 2154. También KLEINER, *op. cit.*, págs. 90-91.

(111) *Op. cit.*, pág. 2154.

acercamiento a esta garantía, que, al ser una variante de la fianza tradicional, plantea los mismos problemas que en cualquier otro ordenamiento jurídico. Y también porque sólo en el Derecho alemán hay una conciencia clara de diferenciar esta garantía de las garantías bancarias, aun cuando los efectos de ambas garantías son prácticamente iguales.

El significado y el alcance de la accesoriedad en el contrato de fianza son idénticos en el Derecho alemán, a tenor de los párrafos 765 y sigs. del BGB, en especial los párrafos 767, 768, 770, 771, 772, 773, 776 y 777, cuyos contenidos son muy semejantes a los preceptos gemelos del Código Civil, debido a la concepción, también predominante, de que la fianza sigue la suerte de la obligación principal. Por tanto, si se pretende romper con la accesoriedad se plantean los mismos problemas en cualquier sistema jurídico, en particular cuando se trata de una fianza «a primera demanda», figura diseñada por la práctica bancaria y admitida por la jurisprudencia alemana, por lo que son de interés las respuestas que han dado a esta nueva figura de garantía.

Seguramente por la imposibilidad jurídica de excluir totalmente la propagación de las anomalías de la relación garantizada sobre la garantía fideusoria, la jurisprudencia alemana reconduce la fianza «a primera demanda» a las garantías independientes al conceder al fiador la *condictio indebiti* (la acción de regreso), lo que desdibuja totalmente la fianza en su concepción legal y tradicional, borrando, además, cualquier diferencia que pudiera existir entre esta garantía y las garantías bancarias. Toda la discusión sobre ambas formas de garantía se convierte simplemente, para un sector de la doctrina alemana, en una cuestión de *nomen juris*, sin la mayor trascendencia jurídica (112) (113).

Como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, hasta la década de los setenta se concebían las garantías bancarias como garantías indepen-

---

(112) Denunciado claramente por v. WESTPHALEN a lo largo de su obra, *Die Bankgarantie...*, op. cit., y, en particular, con motivo del párrafo 767 del BGB. También por NIELSEN, «Rechtsmissbrauch bei der Inanspruchnahme von Bankgarantien als typisches Problem der Liquiditätsfunktion abstrakter Zahlversprechen», *ZIP*, 1982, pág. 257. Muy tajante es también WETH, op. cit., págs. 319 y sigs., en especial, págs. 324 y sigs.

(113) Simpatiza con esta postura jurisprudencial HORN, aunque mantiene las diferencias entre ambas figuras —*Garantie zur Zahlung auf erstes Anfordern* y *Bürgschaft auf erstes Anfordern*—, ya que, según él, si se trata de ofrecer a los beneficiarios un instrumento de pago lo más fácil y rápido posible, esto es perfectamente compatible con el principio de accesoriedad de la fianza, puesto que supone que sólo momentáneamente queda postergada la accesoriedad, pero nunca eliminada del todo, dada la acción de regreso que tiene el garante de la fianza «a primera demanda» con base en el párrafo 812 del BGB cuando el pago es indebido (op. cit., págs. 2155-2156).

Con matizaciones, BYDLINSKI, «Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht», *AcP*, 1990, págs. 168-169 y pág. 181.

dientes, por tanto, como contratos autónomos, sin tener ninguna semejanza con la fianza, siendo catalogadas aquéllas como contratos abstractos, con apoyatura incluso en el propio ordenamiento jurídico alemán, en concreto, los párrafos 784 y 812 del BGB. Hasta entonces, como señala WETH, «la accesoriedad constituye "plásticamente" la línea divisoria entre las garantías bancarias independientes —él las titula "a primera demanda"— y la fianza» (114).

Por ello sorprende que con posterioridad las entidades bancarias ofrecieran a sus clientes fianzas desvinculadas de la relación de base, denominando a estas garantías «fianzas a primera demanda» para expresar que es suficiente el requerimiento de pago para que se proceda a la ejecución de la garantía. No menos sorprendente es la acogida favorable de la jurisprudencia, la cual no ve en la eliminación de la accesoriedad un especial obstáculo jurídico para su admisión. Desde el primer momento, a partir de la sentencia de 3 de marzo de 1976 del BGH, la preocupación es bien otra: precisar, de acuerdo con los términos en que están redactados los documentos de garantía, si realmente se trata de una fianza «a primera demanda» o bien de una garantía bancaria independiente. Resultado de esta preocupación es la elaboración de una serie de indicios para la correcta calificación (115).

En aquella sentencia se sentaron las bases para la admisión de la fianza «a primera demanda». En ningún caso la fianza se convierte en un contrato inmoral («sittenwidrig») por el pacto de exclusión de las excepciones derivadas de la relación de base. Y si en la declaración de afianzar la prestación «a primer requerimiento» se quiere ver una declaración que rompe con la fianza, entonces lo que hay es una promesa de deuda, añadida a la fianza. En cualquier caso, nunca se llega a excluir totalmente la accesoriedad, ya que el fiador siempre tiene a su alcance la *condictio indebiti*, lo que significa que una vez que ha cumplido con su prestación, puede reclamar, después del pago indebido, la cantidad desembolsada, a tenor del párrafo 812 del BGB. Estos razonamientos han sido seguidos por sentencias posteriores, dictadas por el BGH, como las de 2 de mayo de 1979, 24 de noviembre de 1983, 11 de diciembre de 1986, 21 de abril de 1988 y 9 de marzo de 1989.

Fue HORN uno de los primeros en preguntarse cómo es posible una fianza «a primera demanda», que pretende ser lo más independiente de las relaciones de valuta y de cobertura, cuando la fianza es ante todo una

---

(114) *Op. cit.*, pág. 104.

(115) Vid. MÜLBERT, «Neueste Entwicklungen des materiellen Rechts der Garantie "auf erstes Anfordern"», *ZIP*, 1985, pág. 1104. Los indicios seguidos por la jurisprudencia son analizados extensamente por KLEINER, págs. 36 y sigs. También con amplitud por GRAF VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, págs. 59 y sigs.

garantía accesoria. Sin descartar que la accesoriedad puede ser moldeada por la autonomía privada, HORN recuerda que no puede reducirse la responsabilidad del deudor principal, quedando intacta la responsabilidad del fiador. En este caso se altera sustancialmente la accesoriedad que en toda garantía debe existir (116). Aún así entiende que puede tener cabida la fianza «a primera demanda», puesto que la eliminación de la accesoriedad es meramente provisional, al poder ejercitar después del pago de la garantía la acción del parágrafo 812 del BGB. Desde este punto de vista, las sentencias del BGH que se pronuncian a favor de la fianza «a primera demanda» son, a su juicio, conciliables con el principio de accesoriedad de la fianza, y, por tanto, no entran en conflicto con aquella jurisprudencia que proclama que el principio de accesoriedad es de naturaleza imperativa (117).

En consecuencia, según el planteamiento de HORN, la fianza «a primera demanda» no es accesoria hasta el mismo momento del pago, constituyendo un medio de pago inmediato a requerimiento del beneficiario. Una vez cumplida la prestación por parte del fiador, la fianza «a primera demanda» deja de ser una garantía no accesoria, dado que el fiador tiene a su alcance la acción de enriquecimiento injusto si el pago no debió haberse efectuado (por ejemplo, por extinción del crédito por cualquier causa; por resolución, rescisión, novación del vínculo obligacional garantizado...) (118).

En términos muy parecidos se pronuncia v. WESTPHALEN. Desde luego, no rechaza *ad limine* la fianza «a primera demanda». Las partes tienen en sus manos, dice él, la posibilidad de configurar la garantía bancaria como una promesa de garantía de carácter abstracto o accesorio (119). Después de examinar la jurisprudencia llega a varias conclusiones: a) el desarrollo dogmático por la jurisprudencia de la fianza «a primera demanda» ha concluido; b) en realidad, sobre todo después de la Sentencia de 24 de noviembre de 1983, no existen diferencias entre ambas formas de garantía; y c) no obstante, deben existir criterios interpretativos que permitan delimitar una y otra figura jurídica, teniendo en cuenta que en el ámbito internacional la garantía bancaria abstracta se configura como un tipo de garantía autónoma (120).

Se pregunta v. WESTPHALEN si para lograr una mayor independencia basta con que se formule expresamente la fianza «a primera demanda» o

---

(116) *Op. cit.*, pág. 2154.

(117) *Idem*, págs. 2154 y 2156.

(118) En términos parecidos se pronuncia también CLEMM, quien analiza más específicamente la fianza «a primera demanda» dentro del ámbito del contrato de obra, en *Die Stellung des Gewährleistungsbürgers, insbesondere bei der Bürgschaft «auf erstes Anfordern»*, Zbaur, 1987, págs. 123 y sigs.

(119) *Die Bankgarantie...*, *op. cit.*, pág. 60.

(120) *Idem*, págs. 70-71.

hace falta algo más. Considera que es perfectamente encajable, dentro del ámbito de la fianza, que la fianza «a primera demanda» tenga como principal efecto la renuncia de las excepciones oponibles, siendo lo más particular de esta garantía que la misma implica un deber de pago provisional por parte del fiador. Comparte, pues, también la tesis de HORN, si bien en términos invertidos, cuando afirma que la fianza «a primera demanda» se beneficia momentáneamente de las ventajas de la abstracción y, al mismo tiempo, comparte los perjuicios específicos de la accesoriedad de la fianza en la acción de regreso («Rückforderungsprozess») (121). Por consiguiente, es suficiente, para lograr la independencia, que se formule como tal fianza «a primera demanda», sin que sea necesario que a la fianza se le añada una promesa de pago de naturaleza abstracta como en algún momento han apuntado los tribunales (en particular, en la Sentencia de 3 de marzo de 1976, que, precisamente, es la primera del BGH que se pronuncia sobre este tipo de fianza).

Ciertamente la tesis de HORN es ingeniosa, pero tiene poco que ver con la fianza, que, por su esencia, es accesorio desde su nacimiento; además, al fiador le interesa poder oponer las excepciones inherentes a la deuda principal en el momento en que es requerido por el acreedor al pago de la cantidad garantizada. Posponer su oposición a otro momento posterior, agrava su situación de defensa para poder recuperar lo que no debió pagar (el beneficiario se cuidará en dificultar la acción de regreso mediante toda clase de maniobras...). Incluso a las entidades bancarias no les interesará excesivamente pleitear después de haber cumplido con la garantía, ya que el deudor principal nunca les puede objetar que no han opuesto las excepciones que a él le correspondían, precisamente en virtud del pacto de renuncia de excepciones, consentido por el propio deudor principal. Y tampoco tienen la obligación de ejercitar la acción del parágrafo 812, propia de los negocios abstractos, pero no de las garantías no accesorias. Al final todo queda reducido a las dos relaciones que subyacen: la relación de cobertura (el banco cobrará de su cliente lo que desembolsó, más la comisión correspondiente) y la relación de valuta (el deudor principal tendrá que accionar contra el beneficiario si el pago que ha recibido es indebido).

La artificiosidad de la tesis de HORN es criticada por WETH. Si se ha cumplido con la fianza, pagando al beneficiario, la fianza deja de existir, por lo que no tiene sentido ya hablar de accesoriedad, en todo caso de sustitución de la accesoriedad («Akzessorietätersatz»), según terminología de MEDICUS, dado que en sustitución de la accesoriedad se concede al fiador la acción del parágrafo 812 (122). De este modo, refiriéndose WETH direc-

---

(121) *Ibidem*, pág. 78.

(122) *Op. cit.*, pág. 326.

tamente a la jurisprudencia, se examina en el marco de este precepto lo que hubiera sucedido de existir la accesoriedad (123). Se trata, según él, de una «accesoriedad hipotética» que nada tiene que ver con la accesoriedad que está presente en cualquier fianza (124). Por supuesto, se rompe toda relación con la obligación asegurada si la declaración de promesa de pago de la fianza «a primer requerimiento» del beneficiario es concebida como una declaración abstracta y, por tanto, añadida a la fianza (125). Por consiguiente, no existen, en realidad, bases jurídicas para admitir la fianza «a primera demanda» (126).

En cualquier caso, hay que reconocer que esta figura de garantía chocará siempre con la fianza en su concepción legal. Fuerza también la interpretación de las normas de la fianza, a veces excesivamente, y tiene, como otro efecto negativo, que la garantía bancaria independiente pierde la autonomía jurídica que siempre ha tenido. ¿Pueden aplicarse a la fianza «a primera demanda», al menos por analogía, los preceptos reguladores de la fianza (parágrafos 765 y sigs. del BGB)? Y, sobre todo, ¿en qué se diferencia de la garantía independiente? Los tipos híbridos siempre plantean estas dificultades. Por eso se prefiere reconducirlos directamente a los tipos legales, en este caso a la fianza, pero entonces surge el interrogante —ya analizado antes cuando se versó, con carácter general, sobre la accesoriedad en la fianza— de cómo se puede lograr una independencia partiendo de la regulación legal de la fianza. Las respuestas difícilmente pueden ser satisfactorias, y cuando se dan resultan artificiosas (como cuando se dice que esta garantía es sólo provisionalmente no accesorio, o es abstracta momentáneamente, pero, al final, es accesorio). Como si al final hubiese vencido la fianza «a primera demanda» cuando las garantías independientes, desde su creación dogmática y admisión en el orden internacional, siempre se han diferenciado claramente de la fianza. No se comprende, por otra parte, que teniendo los particulares, en especial las entidades bancarias, el poder de ofrecer garantías independientes, recurran, sin embargo, a la fórmula de la fianza «a primera demanda», cuando su construcción no es sólo artificiosa, sino siempre difícil de casar con las reglas generales de la fianza. Pero una vez admitida la fianza «a primera demanda», por qué se opta por una y otra garantía si las diferencias apenas existen, al menos para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia, el garante-fiador tiene, en ambas garantías, la posibilidad de ejercitar directamente frente al beneficiario la acción del parágrafo 812 del BGB,

---

(123) *Idem*, op. cit., pág. 327.

(124) *Ibidem*, pág. 327.

(125) *Ibidem*, pág. 328.

(126) *Ibidem*, pág. 329.

siendo de aplicación en ambas figuras también el parágrafo 242 (así, por ejemplo, las Sentencias del BGH de 31 de enero de 1985 y de 21 de abril de 1988, que tienen por base litigiosa una fianza «a primera demanda», invocan el parágrafo 242 como límite de su independencia con respecto de la obligación asegurada). No obstante, se debe precisar que en las garantías bancarias el grado de independencia es mayor, ya que no cabe ni siquiera que el garante pueda hacer valer la *condictio indebiti*. Y, además, esta acción no se puede confundir con la *exceptio doli*, que, de admitirse, requiere por parte de los tribunales una aplicación muy restrictiva. Al menos en el Derecho alemán, que es de los pocos ordenamientos jurídicos que ofrece una apoyatura legal para la admisión de las garantías independientes sobre la base de los negocios abstractos, resulta llamativo que se haya dado carta de naturaleza a la fianza «a primera demanda» como si se tratase de otra garantía independiente cuando no lo es. Quizá a la práctica bancaria poco le importa una u otra formulación de garantía, pero dogmáticamente es un contrasentido que a una garantía que se llama fianza se le apliquen los párrafos 812 y 242 del BGB, y, al mismo tiempo, se mantenga que es una fianza. No podemos negar que la autonomía de la voluntad tiene un gran poder de configuración para moldear las figuras legales hasta límites insospechables, pero llegar a desnaturalizar una figura claramente definida, como la fianza, entonces o estamos ante una figura contractual nueva, atípica, o tiene que reconducirse nuevamente al prototipo legal. Se puede comprender ahora la afirmación de BYDLINSKI cuando dice que la fianza «a primera demanda» constituye un «Musterbeispiel» entre la fianza accesoria y la garantía claramente abstracta (127). Planteamientos de este tipo no tienen en cuenta el genuino sentido que tienen para el Derecho dogmas tan básicos como la abstracción de causa y la accesoriedad en la fianza. Es la principal crítica a la «fianza a primera demanda», al pretender participar, al mismo tiempo, de las ventajas de la abstracción de causa y de las ventajas de la accesoriedad, cuando ambos dogmas tienen un significado jurídico bien diferente.

#### V.5.b) *La accesoriedad funcional en el Derecho italiano*

A diferencia del Derecho alemán, la accesoriedad, como principio dogmático, se conecta, de modo casi automático, con las garantías bancarias independientes, llevándolas directamente a la fianza, por lo que el debate, sobre todo doctrinal, no es idéntico al del país germánico, centrándose mucho más en la admisión *a priori* de las garantías independientes que en

---

(127) *Op. cit.*, pág. 170.

si es viable la fianza «a primera demanda». Pero con este traslado de la garantía independiente al ámbito de la fianza el resultado es prácticamente el mismo, es decir, que, en realidad, una y otra figura constituyen un mismo tipo de garantía y que plantean los mismos problemas cuando se reconducen a los artículos 1.939, 1.941, 1.942 y 1.945, entre otros, del Código Civile, claros exponentes de la dependencia que rige para toda fianza con la obligación asegurada (128).

En el Derecho italiano el artículo 1.939 del Código Civile es un claro obstáculo para que la fianza «a prima richiesta» sea totalmente independiente, incluso para la admisión de las garantías independientes si se fundamentan en la fianza (129) (130). Como señala MEO, refiriéndose particularmente a la causa externa cuando la misma es ilícita, y criticando con ello la jurisprudencia italiana que admite este tipo de garantía bajo la figura de la fianza, la pretendida accesoriedad funcional que se le quiere asignar queda entonces bastante desdibujada, no hay, en realidad, tal accesoriedad funcional (131).

Se comprende entonces que el principal problema para la doctrina italiana es la accesoriedad, obstáculo difícil de salvar si se parte de la fianza como prototipo legal básico para cualquier garantía personal. Muy claras son las palabras de MEO: «Ogni tentativo di scalvare l'equivalenza tra accessorieta e garanzia, infatti, fino apparire sulla scena dei traffici di questi istituti, era miseramente naufragato sugli scolgi dell'inderogabilità della disciplina della fideiussione» (132). En términos parecidos se pronuncia SANNA cuando dice que la tendencia de hacer de la fianza el modelo de las garantías personales se revela arbitrario y peligroso, porque conduce a un resultado inaceptable, al confrontar el contrato con el mismo sistema jurídico (133).

Cuando la accesoriedad es estructural, es decir, cuando la dependencia alcanza directamente a la garantía, como sucede en la fianza tradicional, una ruptura con la misma supone poner en duda la accesoriedad misma como principio regulador de la fianza. De ahí la gran dificultad dogmática de construir la garantía independiente sobre la base de la fianza, por mucho

---

(128) Sobre el estado doctrinal en Italia de la accesoriedad en la fianza, con carácter general, vid. ALCARO, «Fideiussione e garanzie personali», *Riv. dir. civ.*, 1983, págs. 616-617.

(129) Vid. THIETZ-BARTRAM, *op. cit.*, pág. 104.

(130) Lo ha analizado detenidamente NATUCCIE, señalando que es inadmisibile la derogación convencional del artículo 1.939 (*op. cit.*, págs. 39 y sigs.).

(131) *Op. cit.*, págs. 223 y sigs.

(132) *Op. cit.*, págs. 94-95.

(133) *Accessorieta ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, pág. 42.

que se discuta sobre si la accesoriedad es una exigencia imperativa del propio sistema jurídico o un principio dogmático de los derechos de garantía o es algo meramente connatural (134). En cualquier caso, la eliminación de la accesoriedad, aunque sea sólo con carácter provisional, choca claramente con la fianza.

Tiene cierto predicamento entre la doctrina italiana que la accesoriedad de las garantías bancarias es de tipo funcional (135), pero nunca genética o estructural, por ser irreconciliable con garantías que pretenden ser autónomas de la obligación principal. Con la accesoriedad funcional se quiere expresar una idea muy clara: no cabe desligar por completo la garantía de la obligación asegurada (no se trata de una promesa por hecho ajeno). También en las garantías autónomas, según SANNA, existe un ligamen, siempre hay un «quid» que se pretende garantizar (136). Pero se trata de una accesoriedad tan desdibujada que poco tiene que ver con la accesoriedad de la fianza (137) (138).

La Corte di Cassazione parece inclinarse por la accesoriedad funcional de las garantías autónomas. Las Sentencias de 1 de octubre de 1987 y 6 de octubre de 1989 parten de una idea común: las garantías autónomas son contratos autónomos, pero permanecen funcionalmente vinculadas a la relación de base.

En la Sentencia de 1 de octubre de 1987 se parte de la consideración de la inoponibilidad de las excepciones por parte del garante —parece que en toda su amplitud—, cuando es una garantía autónoma. Pero la autonomía no es absoluta, sino relativa, ya que es posible que, de haberse producido un pago injusto, pueda lograrse nuevamente el equilibrio patrimonial mediante el ejercicio de la acción de regreso. Esta autonomía sólo relativa lleva al Tribunal a encauzar la garantía «a primera demanda» dentro del ámbito de la fianza: «Aunque de forma contraria a los principios que disciplinan la fianza, es posible considerar válido el contrato que consienta al acreedor exigir del fiador el pago inmediato, sin que en aquella fase puedan serle opuestas excepciones por el deudor garantizado». «Todo esto se concreta en una inversión de la carga de la prueba... mediante el ejercicio de

---

(134) Vid. MEO, *op. cit.*, pág. 224.

(135) Vid. NATUCCI, *op. cit.*, págs. 43-47. También THIETZ-BARTRAM, *op. cit.*, que, como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, pone en relación la abstracción y la accesoriedad, siendo el principal hilo conductor de su estudio comparativo entre los Derechos alemán e italiano.

(136) *Op. cit.*, pág. 43.

(137) Así, MEO, *op. cit.*, pág. 229.

(138) Quizá, por eso, SANNA trata de encontrar en el artículo 1.381 del Código Civile una base jurídica para fundamentar la independencia de las garantías autónomas (*op. cit.*, en especial, págs. 64 y sigs.).

las acciones de regreso..., siendo evidentemente inadmisibles, y no tutelables por el ordenamiento jurídico, que a través de la cláusula de pago "a primera demanda" el acreedor pueda conseguir dos veces la prestación debida...»

Dogmáticamente resulta difícil conciliar pronunciamientos tan dispares: por una parte se proclama en la sentencia la autonomía de la garantía, pero no constituye un impedimento para llevarla a la fianza, siendo, por tanto, viable también la fianza «a primera demanda», que, a juicio del Tribunal, puede dar lugar, en cualquiera de las formas de garantía, a la inversión de la carga de la prueba por parte del garante en el caso de que no esté justificado el requerimiento de pago del beneficiario. Pero esta inversión de la carga de la prueba podrá tener lugar una vez que se haya pagado la obligación asegurada al beneficiario, ejercitando la *condictio indebiti*.

En este pronunciamiento pesan también consideraciones propias de las garantías independientes. Incluso parece que hay una aproximación a la teoría de la abstracción de causa, subrayado por PÓRTALE (139), quien en las afirmaciones del Tribunal ve una especial preocupación por el desplazamiento patrimonial injustificado, que, una vez producido, tiene que dar lugar a una acción que permita el restablecimiento del desequilibrio causado por el pago *sine causa*. MEO, en su valoración, observa que la sentencia contiene dos líneas interpretativas (140), una referente al reconocimiento expreso de la acción de repetición por pago indebido, cuya justificación se puede encontrar en la regla general del *solve et repete*. Y otra referida claramente a la inversión de la carga de la prueba. Ello supone que corresponde al garante ejercitar la acción de regreso, pero con posterioridad al pago de la garantía, con lo cual la independencia es idéntica a las garantías abstractas.

Tal grado de independencia se ha cuestionado en la posterior sentencia, de 6 de octubre de 1989, al admitir la *condictio indebiti* antes de haber cumplido el garante con su garantía, pudiendo ser ejercitada por el propio garante. En esta sentencia se precisa claramente que esta acción se puede ejercitar directamente contra el beneficiario.

Supone una clara ruptura con el pronunciamiento anterior al admitir, en el fondo, la *exceptio doli*, y, con ello, una independencia sólo relativa de las garantías no accesorias. No hay una independencia absoluta cuando, como defiende la resolución judicial, el garante está legitimado para rechazar el pago al beneficiario en el caso de que la reclamación sea manifiestamente abusiva. De alguna manera la accesoriedad funcional de las garantías independientes queda a la merced del garante y a la flexibilidad de los tribunales a la hora de enjuiciar la *exceptio doli*. Cuanto mayor uso se haga

---

(139) *Op. cit.*, en especial, págs. 652 y sigs.

(140) *Op. cit.*, págs. 192-195.

de la *exceptio doli* más se cuestionará la accesoriedad funcional de las garantías bancarias. Y si los Tribunales interpretan la excepción con elasticidad, pudiendo tener cabida cualquier situación anómala de la relación de base, la accesoriedad funcional puede perder el significado que tiene para las garantías no accesorias. En realidad, con la admisión de la *exceptio doli* la accesoriedad vuelve a ser estructural en las garantías bancarias, al menos hipotéticamente en algunos casos.

#### V.6.c) *La postura de la doctrina y de la jurisprudencia española*

La doctrina española se decanta mayoritariamente por la accesoriedad funcional de las garantías independientes. En especial, la doctrina mercantil ha subrayado la incompatibilidad de la accesoriedad estructural con una garantía que por naturaleza es independiente. Lo tiene muy claro SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE cuando niega cualquier carácter accesorio, al menos sustancialmente, a las garantías bancarias, aunque no les niega una cierta accesoriedad desde el punto de vista de su función económica. Está en su propia esencia. «El banco que otorga una garantía asume una obligación que, cumpliendo con la natural función de aseguramiento, no persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal» (141). Como él mismo precisa, «la falta de accesoriedad no se limita a una discusión de matiz teórico únicamente, sino que tiene relevancia práctica considerable, por cuanto va a determinar el régimen jurídico de este contrato» (142). «De este modo, la falta de accesoriedad se convierte en la fundamental nota diferenciadora de las garantías "a primera demanda"» (143). Es más, el criterio de la accesoriedad, siguiendo aquí a ECHENIQUE GORDILLO, sirve para delimitar qué preceptos van a resultar aplicables a estas garantías, puesto que quedan excluidos automáticamente todos aquéllos inspirados sobre dicha nota. Opina este mercantilista que la accesoriedad en su significado estructural es totalmente extraño a estas garantías (144), de tal modo que la regulación legal de la fianza ofrece —son palabras suyas— unos perfiles «inhóspitos» para las mismas (145). Del mismo parecer es L. DE ÁNGULO

---

(141) Garantías bancarias: las cartas de «patrocinio» y las garantías «a primera demanda», en *Contratos bancarios*, op. cit., pág. 752. Sus ideas sobre la falta de accesoriedad en las garantías a primera demanda ya las expuso en su comentario al Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda, *RDBB*, 1984, págs. 55 y sigs., y págs. 582 y sigs., en especial, en la primera parte.

(142) *Contratos...*, op. cit., pág. 752.

(143) *Idem*, pág. 753.

(144) Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones, *RDBB*, 1982, pág. 156.

(145) *Idem*, pág. 157.

RODRÍGUEZ (146) y BARRES BENLOCH (147). En esta línea también siguen los diversos trabajos realizados sobre la materia por CAMACHO DE LOS RÍOS, quien niega el carácter «fideusorio» de la obligación contenida en las garantías bancarias (148). De este parecer es igualmente VALENZUELA, aunque no rechaza la posibilidad de acudir por vía analógica a las previsiones de la figura de la fianza en lo no previsto por las partes, o sea, en lo que se derive del elemento de la accesoriedad (149). Al mismo tiempo, da vía libre a la fianza «a primera demanda», en la que la obligación principal del deudor y la accesorial del fiador quedan sometidas a un régimen diverso y propio, el cual puede justificar en su caso la concurrencia de alguna de las disfunciones de la accesoriedad de la fianza antes mencionada. Pese a ello —matiza este mercantilista—, ambas obligaciones pasan a integrarse en una estructura obligacional compleja, en donde existe una dependencia (o «vis atractiva») funcional de la obligación accesorial respecto de la principal, en orden al cumplimiento de la función auxiliar de garantía o de refuerzo del derecho de crédito del acreedor que la fianza cumple (150). Por eso al final, de un modo un tanto contradictorio, afirma que se puede hablar de la unión funcional existente entre la obligación principal y la accesorial, justificada por esa dependencia de fin e interés de ambas obligaciones, a través de la cual se manifiesta la accesoriedad (151). Para concluir, afirma que en el caso de las garantías autónomas, por contra, se habrá de decir que la obligación de garantía se actuará únicamente conforme a su contenido, aun cuando haya de seguir existiendo un nexo funcional entre la obligación de garantía y el contrato u obligación principal, pues sin tal nexo no tendría sentido alguno (152). Otro mercantilista —VICENT CHULIÁ— precisa que estas garantías no deben extenderse a los fiadores que no sean entidades de crédito, quienes no deben usar los formularios utilizados en el tráfico bancario, por ir en contra de los artículos 1.261 y 1.274 del Código Civil. Pesan aquí consideraciones propias de quien ve en estas garantías un con-

---

(146) *Op. cit.*, págs. 24-25.

(147) «El aval bancario como garantía autónoma» (Comentario a la STS de 27 de octubre de 1987), *La Ley*, t. 3, pág. 319.

(148) Así, en «Interpretación de las cláusulas "a primera demanda" en los contratos mercantiles», *RDBB*, núm. 54, 1994, págs. 398-399. Así como en su monografía, *El seguro de caución. Estudio crítico*, Madrid, 1994. Vid., también su trabajo «Reglas Uniformes de la CCI para las fianzas contractuales», en *Revista Española de Seguros*, núm. 79, 1994, págs. 23 y sigs.

(149) «El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales», en la obra colectiva *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, pág. 438.

(150) *Idem*, pág. 441.

(151) *Ibidem*, pág. 441.

(152) *Ibidem*, pág. 441.

trato de naturaleza abstracta, por lo que tampoco es de aplicación cuando se presta en las relaciones de consumo por prohibición del artículo 10 de la LGDCU (153) (que de por sí ya prohíbe no sólo la abstracción material, sino también la de tipo procesal, aunque esto debería matizarse cuando el contrato abstracto es bancario). Pero lo decisivo para él, para que sea autónoma la garantía, es que se preste por y entre profesionales, en definitiva, por entidades de crédito y a favor de personas dedicadas a actividades empresariales, muy en la línea del Derecho extranjero.

También entre los estudios civilistas más recientes hay quienes abogan claramente por la no accesoriedad estructural de las garantías «a primera demanda». Para CERDA OLMEDO estas garantías se alejan de la fianza por cuanto su régimen legal, anclado en el dogma de la accesoriedad, y las consecuencias que del mismo derivan, responden a un modelo socio-económico de «garante amigo», al que no se le somete al riesgo de quedar obligado con independencia y de manera más severa que la asumida por el deudor principal (154). Una función muy concreta tienen las garantías bancarias que no cumplen las garantías personales tradicionales, como señala MARTÍNEZ CALCERRADA: atribución de un aseguramiento puro, cobertura frente a riesgos atípicos, medio de presión contundente para constreñir al obligado a la realización de la prestación. Una desconexión que es jurídica pero no económica (155). Incluso si prevaleciera la opinión de PÉREZ ALVAREZ, para quien, en apoyo de la jurisprudencia, la accesoriedad es esencial en la fianza (156), quedaría descartada cualquier aproximación de las garantías no accesorias a la fianza. Una postura más híbrida es la mantenida por M. DE Cossío cuando subraya que la accesoriedad es un elemento básico de la fianza, con motivo de su análisis del artículo 1.825 del Código Civil (157), y, sin embargo, considera que, pese a los términos imperativos del artículo 1.824 del Código Civil, no causaría excesiva violencia el encasillamiento de garantías independientes o «a primer requerimiento» (158).

Se distancia de estas formulaciones GULLÓN BALLESTEROS, quien dice que cambiar el tipo, cambiar el nombre, significa que se trata de una figura no

---

(153) «Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español», en la obra colectiva *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, pág. 412.

(154) *Op. cit.*, Granada, 1991, pág. 67.

(155) «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, 1992, t. 3, pág. 826.

(156) *La solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.

(157) *Op. cit.*, pág. 2.

(158) *Idem*, pág. 9.

(159) «En torno a nuevas formas de garantía», *AAMN*, t. XXXIII, pág. 329.

equiparable a la fianza (159). Renunciar a las excepciones del negocio base supone cambiar estructuralmente el tipo, y, por tanto, estamos ante un negocio distinto. Lo que hay tener en cuenta, y en esta línea también me nuevo yo también, es que se trata una relación triangular, en la que la causa juego de modo diferente cuando se garantiza sólo un contrato de compraventa o un préstamo (160). Esta relación triangular responde a unos intereses y a unas operaciones económicas que nada tienen que ver cuando se pide una garantía para asegurar el precio de una simple compraventa o una cantidad prestada (de no excesiva cuantía). Otro elemento que nunca se debe despreciar es el factor riesgo que tiene un significado muy distinto en estas operaciones económicas.

Frente a estas posturas casi unánimes, defendiendo el carácter no accesorio o autónomo de las garantías bancarias, CARRASCO PERERA intenta demostrar que la accesoriedad de la fianza es lo suficientemente elástica para dar entrada a garantías autónomas (161), por lo que, a su juicio, el contrato de garantía autónoma no es más que una fianza en la cual el fiador ha renunciado a la oposición de las excepciones derivadas de la relación de valuta (162). Por primera vez se plantea de un modo frontal y directo la posibilidad de la renuncia de excepciones inherentes a la deuda principal (163), viable, en principio, ya que el artículo 1.853 del Código Civil no es una norma imperativa. «El problema —como señala CARRASCO PERERA— es el de saber hasta dónde se extiende la exclusión de excepciones. El límite del orden público es evidente. Puesto que nuestra jurisprudencia no suele distinguir entre infracción de orden público, infracción de norma imperativa y causa ilícita, podemos englobar todas estas fórmulas bajo la expresión de ilicitud causal del artículo 1.275» (164). Pero con la matización de que también el deudor renuncie, en la vía de regreso, a las excepciones (al menos así interpreta él el artículo 1.853 en concordancia con el artículo 1.826, por lo que el pacto de renuncia de excepciones no entra tampoco en colisión con el artículo 1.840) (165).

Pienso que este límite ya viene establecido en el artículo 1.824 cuando de forma tajante extiende los efectos de la nulidad de la obligación principal a la fianza, debido, precisamente, a la accesoriedad. Mientras que el ar-

---

(160) *Idem*, pág. 329.

(161) Habla expresamente de un margen libre para la accesoriedad (*op. cit.*, págs. 134 y sigs.).

(162) *Idem*, vid., sobre todo págs. 209 y sigs., y en especial, págs. 239 y sigs.

(163) No se lo plantea directamente GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 339-346; *idem*, en *Comentario del Código Civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 1854-1855. Y tampoco CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, págs. 40-49.

(164) *Op. cit.*, pág. 245.

(165) Véase, nuevamente, pág. 240.

título 1.275 es una norma general para toda contratación, el artículo 1.824 es una norma consecuente con la naturaleza accesorio de la fianza. Por consiguiente, si la dependencia jurídica es prácticamente absoluta cuando se trata de nulidades (total o relativa) o casos análogos (fraude, inexistencia...), no puede tener eficacia jurídica la renuncia de una excepción inherente a la obligación principal para hacer inoperante el artículo 1.824. Enfocar el límite exclusivamente desde el artículo 1.275 es dejar de lado el artículo 1.824, verdadero escollo para cualquier tipo de fianza no accesorio. El artículo 1.275 tiene mucho más sentido cuando se trata de garantías independientes, el cual, a semejanza del párrafo 242 del BGB, puede servir de freno legal cuando por el beneficiario se pretenden utilizar de forma ilícita, fraudulenta o abusiva estas garantías.

Además, las críticas que se formularon contra la tesis de HORN se pueden trasladar aquí. Para impedir que la fianza sea más gravosa y para mantener no obstante la accesoriedad renunciando el fiador y el deudor a las excepciones que pudieran oponerse de la relación de valuta y lograr, así, la independencia, no deja de ser una construcción artificiosa que poco tiene que ver con la fianza.

Por eso, CARRASCO PERERA refuerza su tesis recurriendo a la «intercesión» para explicar el carácter autónomo de la obligación que asume el garante, esto es, asunción de una obligación añadida a la principal garantizada (166) (167). Una intercesión que es posible mediante un pacto añadido en una multiplicidad de contratos, no sólo en el ámbito estricto de las garantías personales. Por esta otra razón, para CARRASCO PERERA, no tiene utilidad alguna, y conduce al fracaso, cualquier intento de elaborar una construcción dogmática de un cierto tipo de contrato definido por una cláusula a primer requerimiento. No comparte, en realidad, ninguno de los apelativos dados a la obligación de la garantía independiente: abstracta, independiente y no accesorio. Desde un planteamiento mucho más pragmático opta por una definición que no pretende forzar las normas del sistema y no entrar en colisión directa con la fianza cuando afirma que bajo el nombre de la garantía a primer requerimiento se significa aquel contrato de garantía personal por la que un tercero intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal. Con la particularidad de que la obligación del pago

---

(166) Nuevamente en su reciente estudio «Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», en la obra colectiva *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, págs. 623 y sigs.

(167) Sigue a CARRASCO PERERA el mercantilista DÍAZ MORENO, en su otro trabajo «Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil*, Homenaje a Evelio Verdadero y Tuells, T. I, Madrid, 1944, págs. 627 y sigs., en especial, págs. 643 y sigs.

del garante se funda en, y vence por, la sola reclamación de pago hecha por el acreedor, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal, ni oponer al pago de las excepciones que este deudor pudiera oponer al acreedor en la relación de valuta (168). Pero, como sucede muchas veces cuando la pescadilla se muerde la cola, tal inoponibilidad pasa por la renuncia a las excepciones también del negocio base. Esta desconexión no puede ser, sin embargo, tan absoluta si la garantía se pretende situar dentro de la fianza. Por eso, hay que buscar la autonomía fuera de esta garantía personal, teniendo en cuenta, además, los intereses de quienes ofrecen y necesitan garantías bancarias, que son, ante todo, intereses de orden económico. El planteamiento de CARRASCO PERERA peca de excesiva generalización de las cláusulas a «primer requerimiento», arrastrando con ello a las garantías bancarias, cuando éstas responden a unas operaciones económicas de un riesgo a veces muy elevado.

El Tribunal Supremo, que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de garantías, no puede ser ajeno a este debate doctrinal sobre la accesoriedad o no de las garantías bancarias. Entre las diversas resoluciones que se han dictado por este Alto Tribunal sobre garantías no accesorias (169), hay dos que de manera directa se pronuncian sobre las garantías «a primera demanda». En primer lugar, la Sentencia de 2 de octubre de 1990, que tiene por sustrato fáctico una fianza de arrendamiento de obra. El TS señala, más bien como *obiter dicta*, «que por mucha amplitud que quiera dársele a las expresiones "Aval a primera demanda" o "primer requerimiento", hay que ponerlos necesariamente en relación con "las obligaciones derivadas del contrato", y sólo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador». Constituye la conclusión principal, después de que estableciera que para la prosperabilidad de la acción ejercitada «será indispensable examinar las obligaciones contraídas en este contrato, y contrastar el incumplimiento de las obligaciones y las responsabilidades que de ellas se derivan». Como por las pruebas efectivamente se acreditó que el retraso de las obras no se debió al constructor sino por el gran número de modificaciones solicitadas por los propietarios del edificio (aseverado, en este caso, por el propio garante), a juicio de la ya extinta Audiencia Territorial de Zaragoza y del Tribunal Supremo no se daba la base material para dar cumplimiento de la fianza, constituida exclusivamente para cuando existiesen demoras imputables al contratista. Se da la particularidad de que

---

(168) *Idem*, pág. 687.

(169) Así, Sentencias de 24-12-1978, 21-3-1980, 16-2 y 11-7-1983, 26-12-1986, 14-11-1989, 15-4-1991 y 7-4-1992.

esta *fianza* se constituyó bajo la modalidad de «aval a primera demanda» o «a primer requerimiento». Sin lugar a dudas, el planteamiento tradicional de la accesoriedad ha llevado al Tribunal a estas consideraciones, negando cualquier desnaturalización de la fianza, además de que este tipo de fianzas violentan claramente los artículos 1.822 y 1.826 del Código Civil (170). En realidad, el Tribunal analizó toda la relación de base para determinar si estaba justificada la reclamación de la *garantía*, desestimando la pretensión del beneficiario de la *garantía* no por entender que procede la *exceptio doli*, sino porque no se dan los presupuestos de la *garantía*, es decir, el incumplimiento del contrato de obra. Este pronunciamiento judicial parece rechazar frontalmente las *garantías* independientes, incluso niega la virtualidad de la fianza «a primera demanda». Es un tanto curiosa la afirmación de que este tipo de fianza es un simple reconocimiento de deuda (quizá quiso decir promesa de pago), como si la declaración emitida por el garante fuese una declaración de naturaleza abstracta. Como sucede tantas veces, se puede discrepar del revestimiento jurídico dado a una institución, sobre todo cuando sus perfiles no son muy claros, pero se puede compartir la solución material, sobre todo si las partes lo que quisieron, como en el caso de autos, fue algo distinto. Parece que la voluntad real fue una fianza de corte tradicional, por lo que, a partir de este momento dejan de tener relevancia las fórmulas empleadas (aval «a primera demanda» o «a primer requerimiento») (171).

Distinta es la postura del TS en la Sentencia de 27 de octubre de 1992, también debido en parte a que la *garantía* que sirve de base a la litis no es una fianza sino un aval o *garantía* «a primera solicitud» en su significado más genuino. Por ello, no tiene ningún problema en afirmar, previo reconocimiento de que caben *garantías* distintas a la fianza porque lo permite el artículo 1.255 del Código Civil, que «la obligación que asume el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se *garantiza*..., siendo nota característica de ella su no accesoriedad...». «De ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la *garantía* misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido». Este pronunciamiento constituye un apoyo claro a favor de la tesis de quienes defienden la viabilidad jurídica de *garantías* independientes, no condicionadas para nada por la accesoriedad, sólo predicable de la fianza.

---

(170) Según CARRASCO PERERA, el artículo 1.826 del Código Civil no puede utilizarse en la forma hecha por el TS para excluir el juego de una *garantía* no accesoría, *op. cit.*, pág. 19.

(171) En términos parecidos, CERDA OLMEDO, *op. cit.*, págs. 231-232.

Sin embargo, la sentencia sigue después criterios que coinciden en gran parte con la pronunciada por la Corte di Cassazione de 1 de octubre de 1987: subraya, por una parte el carácter abstracto, basándose en la Sentencia de 14 de noviembre de 1989 y, por otra, cabe la inversión de la carga de la prueba, en aras de la buena fe al amparo del artículo 1.258 del Código Civil, si bien, a diferencia de aquella sentencia italiana, el TS no alude directamente a la *condictio indebiti*, haciendo sólo referencia, con carácter general, a la acción de regreso del garante contra el ordenante y a las acciones propias entre los interesados de la relación subyacente. Introduce como novedad la posibilidad de oponerse directamente al pago si es abusivo el ejercicio de la reclamación de pago del beneficiario, siguiendo así la línea iniciada por el TS federal alemán y la Sentencia de 6 de octubre de 1989 de la Corte di Cassazione (172). Las críticas que entonces hicimos son trasladables a esta sentencia, como las demás observaciones sobre la procedencia de hacer valer frente al beneficiario situaciones claramente abusivas. No obstante, el pronunciamiento es muy claro al no dejarse influir para nada por la figura de la fianza, no siendo, en ningún caso, de aplicación los artículos 1.822, 1.824, 1.826 y 1.827 del Código Civil, quedando fuera cualquier accesoriedad de signo sustancial o estructural (173). Es un paso importante, iniciado ya en la Sentencia de 11 de julio de 1983 y perfilado un poco más en la Sentencia de 14 de noviembre de 1989, apostando más categóricamente que la jurisprudencia italiana por el carácter independiente de las garantías no accesorias, aunque hay que reconocer que el TS, en realidad, todavía no ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre garantías bancarias propiamente.

---

(172) Precisa DÍAZ MORENO, en la Sección de Jurisprudencia de la revista *Derecho de los Negocios*, 1993, núm. 31, al comentar la sentencia, que el Tribunal Supremo no deja claro si sólo puede admitirse cuando el garante tenga a su disposición medios probatorios tales que hagan indudable, evidente y manifiesto el carácter abusivo de la reclamación por adolecer de bases plausibles. Y recuerda que lo que no puede aceptarse —so pena de poner en cuestión la propia esencia de la institución— es que el garante pueda introducir en el litigio una discusión sobre el cumplimiento o vicisitudes de la relación subyacente. Tal debate debe quedar reservado para un eventual posterior litigio entre ordenante y beneficiario de la garantía en virtud de la relación subyacente (pág. 26).

(173) En este sentido, algunas resoluciones de la jurisprudencia menor, como la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 1994, negando expresamente la aplicación del artículo 439 del Código de Comercio, por referirse a la fianza como contrato accesorio (AZC, 1994, núm. 1308). Como también la SAP de Segovia, de 31 de octubre de 1993 (AZC, 1993, núm. 2520), que recoge la doctrina jurisprudencial dominante.

## VI. LAS GARANTÍAS BANCARIAS AUTÓNOMAS

### VI. 1. LA CONFIGURACIÓN AUTÓNOMA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

Donde es posible una configuración autónoma de las garantías bancarias no hay que recurrir a la abstracción de causa (174) y tampoco a la eliminación de la accesoriedad (175). La independencia de las garantías respecto de las relaciones de valuta y de cobertura deviene de un conjunto de elementos caracterizadores que los distingue claramente de otras garantías personales. Indagar en estos otros elementos es quizá como mejor se puede entender la independencia que en toda garantía bancaria se busca y demostrar así que los intentos dogmáticos de justificarla en la abstracción de causa o en la eliminación de la accesoriedad son caminos un tanto tortuosos que conducen a resultados a veces difíciles de compartir. Otro camino puede ser partiendo de la propia configuración de las garantías bancarias, que necesariamente viene marcada por la independencia, tan fundamental para el buen funcionamiento de las mismas.

No es suficiente basar la independencia de las garantías bancarias en la autonomía de la voluntad de las partes, aunque es el primer eslabón para lograr este efecto jurídico. Esta posibilidad de configurar, por la exclusiva voluntad de las partes, una garantía no accesorio no puede ser negada por ningún sistema jurídico abierto. Pero la justificación de la independencia hay que buscarla en la propia estructura de estas garantías. Por una parte, están los intereses de cada una de las partes, ya que tanto el garante como el beneficiario, así como el ordenante de la garantía, están especialmente interesados en romper cualquier vínculo jurídico con la relación garantizada. Por otra, las funciones que cumplen estas garantías son muy específicas y sólo se logran cuanto mayor sea la independencia. Precisamente por la mayor independencia que se busca, los riesgos que asume cada uno de los intervinientes en la constitución de estas garantías son mayores que en las garantías de corte tradicional. Un cuarto elemento a tener en cuenta —el más importante— es la ajeneidad de la garantía, al faltar cualquier nexo jurídico con las relaciones subyacentes. En toda garantía bancaria hay una declaración promisorio desvinculada de la relación de base, que tampoco se rompe por el hecho de que existan referencias a ella en el documento de garantía. Lo garantiza la rigidez formal de las mismas. Por último, la

---

(174) Así, KÜBLER, *op. cit.*, pág. 207.

(175) Un claro exponente de esta tesis en nuestra doctrina es SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, quien acertadamente, al final, ha optado por escribir una monografía, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995, después de varios trabajos sobre el particular, en especial págs. 137 y sigs.

independencia de las garantías bancarias pasa por un reparto de las acciones entre los sujetos integrantes para evitar situaciones injustas.

#### VI.2. LOS INTERESES, LAS FUNCIONES Y EL RIESGO EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS

##### VI.2.a) *Los intereses del ordenante de la garantía, del garante y del beneficiario*

Las garantías bancarias responden a intereses muy concretos de cada uno de los sujetos intervinientes.

Es un interés totalmente justificado que un acreedor exija una garantía que se desvincule en lo máximo de la relación garantizada. Interés que se hace valer especialmente cuando la relación subyacente ofrece cierta complejidad, que, en la mayoría de las veces, tiene su causa en que se desarrolla en un país diferente al país del acreedor, con lo cual pueden interferir en su buen desarrollo factores muy diversos, desde culturales y políticos hasta estrictamente jurídicos. Y el primer interesado en que estos factores no influyan para nada en la garantía es el acreedor. Precisamente la principal razón de las garantías bancarias reside en la inseguridad que existe por parte del acreedor de que por elementos ajenos a la relación subyacente no se pueda cumplir. Por ello exige una garantía independiente. Las expectativas que se pueden tener o las inversiones que se realizan para una operación de cierta envergadura exigen como contrapartida unas garantías para el caso de que fracasen, como si de una compensación económica o de una indemnización se tratara. Ahora bien, no tiene por qué limitarse al comercio exterior (176), pudiendo existir la misma inseguridad en el comercio interior, si bien por causas normalmente diversas. Es, por tanto, un interés diferente al interés que puede tener el acreedor cuando pide que un tercero afiance una deuda ajena. No se trata tanto de obtener una garantía para que un tercero pague la totalidad del débito, sino de una indemnización que un tercero ofrezca ante el eventual fracaso de la relación subyacente (177). Por lo tanto, más que garantizar una relación subyacente, lo que se garantiza es una indemnización calculada sobre la base de aquella relación. Debido a este interés indemnizatorio, el acreedor quiere, al mismo tiempo, un instrumento de pago rápido, sin tener que discutir con el tercero si su pretensión

---

(176) Vid. MÜLBERT, quien analiza la posición de los intereses atendiendo exclusivamente al comercio exterior (*op. cit.*, págs. 10-16).

(177) Participa, desde este punto de vista, de las características de la *fideiussio indemnitis*, sobre cuya autonomía la doctrina no se pone de acuerdo. Vid., con carácter general, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, págs. 140-142.

está justificada, debiendo limitarse el pago al contenido de lo establecido en el documento de garantía.

No ya sólo por las cuantías que se aseguran en este tipo de garantías, sino por la función de pago que asumen, no cualquier tercero está interesado en ofrecer garantías de este tipo. Seguramente por razones estrictamente de mercado financiero los principales interesados en estas garantías son las entidades bancarias. Los bancos han encontrado en las garantías bancarias un instrumento de captación de clientela (178), lanzando este tipo de garantías, como cualquier otro producto financiero, al mercado. En estos ámbitos hay que olvidarse de la imagen del fiador-amigo, como tradicionalmente viene concebida la figura del fiador: los bancos son fiadores profesionales que calculan al máximo la posición jurídica y económica que adoptan cuando a un tercero prestan una garantía a petición de sus clientes. En ocasiones pueden ser los primeros interesados en ofertar garantías independientes. Una vez calculados los beneficios que pueden lograr con la oferta al mercado de garantías independientes, y que vendrán determinados por la relación de cobertura con sus clientes, las entidades bancarias-garantes pueden estar interesadas en que no se entre para nada en la relación de valuta, debiendo limitarse la garantía al propio documento en que viene extendida. Por la posición que ocupan y la función que asumen en el mercado financiero, las entidades bancarias son las menos interesadas en hacer de «portavoz» de sus clientes frente a un tercero, estando mucho más interesadas en hacer sólo de intermediario de una operación en la que asumen la función de garante. No hay, por tanto, ningún mandato del cliente al banco para que haga valer los derechos de aquél frente al acreedor, cuando éste, en calidad de beneficiario de la garantía, reclame su crédito. El interés por la independencia deviene, por tanto, por el propio papel que asume la entidad bancaria cuando suscribe una garantía independiente. Por ello, los bancos tienen cierta predilección por garantías abstractas, incondicionadas o independientes (179). Y aunque es cada vez más frecuente la inserción de una serie de condicionantes para la reclamación del pago de la garantía (por norma general la presentación de documentos que avalen los presupuestos para el pago de la garantía), el interés del banco sigue siendo ajeno a la relación garantizada por cuanto tiene sólo el deber de examinar los condicionantes de acuerdo con lo establecido en el contrato de garantía, pero sin poder entrar directamente en la relación de valuta, en la que no tiene ningún interés el banco. En este sentido, las garantías puras y las

---

(178) Vid. MÜLBERT, *op. cit.*, págs. 12-13.

(179) Así, lo pone de manifiesto, HORN, *op. cit.*, pág. 2153.

garantías documentarias comparten la misma característica esencial, cual es su independencia con respecto de la relación de base.

Ningún interés jurídico puede tener el deudor y ordenante de la garantía cuando es independiente. La desvinculación con la relación de valuta no le favorece en absoluto, debiendo pagar antes lo desembolsado por el garante aun cuando carece de toda justificación. Sólo entonces es cuando puede actuar contra el beneficiario ejercitando la acción de enriquecimiento sin causa o la *condictio indebiti*. Si no obstante opta el deudor por la garantía independiente es porque lo exige el acreedor, por lo que su interés es económico. Sólo así puede competir con terceros. Ello implica, a su vez, una confianza del acreedor en la solvencia del deudor cuando un tercero se ofrece como garante, que no es un garante cualquiera. Desde este punto de vista, las garantías bancarias son un producto de mercado en el que por diversas razones están interesados todos, tanto el acreedor y el deudor como el garante. Más es este mercado el que justifica su existencia. Como dice NIELSEN, los intereses que subyacen responden a un mercado que las ha aceptado plenamente (180).

#### VI.2.b) *La función liquidadora*

La función típica de las garantías bancarias es la de ofrecer al beneficiario un título ejecutable inmediatamente cuando se dan los condicionantes contenidos en él. Cumplen claramente una función liquidadora, por cuanto el documento de garantía constituye por sí mismo el título de pago, calculado previamente entre el acreedor y el deudor y aceptado por el garante. Dándose los presupuestos formales del título de garantía, el beneficiario tiene la total certeza de que el garante pagará la cantidad garantizada. Responde a la idea básica de «primero pagar y después litigar». Desde este punto de vista, las garantías bancarias son verdaderos instrumentos de pago (como el crédito documentario, el cheque, la letra de cambio, el reconocimiento de deuda...). Subyace en ellas la fórmula clásica de *solve et repete*. En el tráfico comercial internacional al acreedor no le interesa que se le pueda discutir aspectos de la relación de valuta, como tampoco cuando las relaciones comerciales se mueven dentro de las fronteras, especialmente cuando las relaciones son complejas o hay elementos de riesgo de que no se lleven a cabo (por ejemplo, en la exportación de mercancías con anticipo de pago de parte del precio o la concertación de un contrato de obra amenazado por interrupciones ajenas a la voluntad del ejecutor de la obra).

---

(180) *Op. cit.*, pág. 255.

En estos casos, al acreedor no sólo le interesa una garantía independiente, sino que a la vez sea ejecutable inmediatamente. Se comprende, por tanto, que sean preferentemente entidades financieras las que se ofrezcan para asumir esta función, ya que ellas están capacitadas económicamente más que nadie para realizar pagos rápidos, como también están capacitadas profesionalmente para cumplir con el deber de examinar los documentos que comúnmente se exigen para la realización del pago (cuando las garantías son documentarias).

Por tanto, las garantías bancarias no sólo asumen una función de aseguramiento de una relación de base («Sicherungsfunktion»), sino que cumplen una función más específica, que es la de ofrecer al acreedor un instrumento de garantía líquido y ejecutable inmediatamente cuando se dan los condicionantes para su pago («Liquiditätsfunktion»). Esta función no la puede asumir la fianza desde el momento en que se pueden oponer excepciones de la relación garantizada. Y aunque la renuncia de las excepciones por parte del fiador supone para el acreedor una mejor posición frente a aquél, no es inherente a la fianza una función liquidadora y tampoco cumple propiamente una función de pago.

Dado que las garantías bancarias son ejecutables directamente una vez cumplido el supuesto formal («formeller Garantiefall»), el acreedor puede ejercer sobre el deudor, bajo la amenaza de que va a exigir el pago de la garantía, una presión para que cumpla con su obligación o subsane las anomalías de la relación subyacente (181).

Según el tipo de garantías bancarias, pueden contener otras funciones, por ejemplo, indemnizatorias (así, en ocasiones, la garantía de «buena ejecución» o de «buen fin» y siempre cuando la garantía es de sumisión o de oferta o de licitación) o sancionadoras, establecidas en atención a la relación de base (también la puede asumir la garantía de «buena ejecución» o de «buen fin»).

#### VI.2.c) *El riesgo*

La atribución de la independencia se explica en parte también por el riesgo que asume el garante. No sin razón NIELSEN subraya que la separación del pago de la garantía y el desarrollo del negocio de base es resultado de un claro reparto comercial de riesgos (182). El garante y el deudor principal asumen un riesgo comercial diferente, uno condicionado al desarrollo de

---

(181) Vid. MÜLBERT, *op. cit.*, pág. 11.

(182) *Op. cit.*, pág. 254.

la relación subyacente y otro exclusivamente en función de los condicionantes del documento de garantía. No es exclusivamente la única razón de la independencia de las garantías bancarias, como parece dar a entender él, pero explica cómo el garante asume un papel muy diferente al fiador, quien, de alguna manera, asume el mismo riesgo que el deudor principal.

Dado que son entidades financieras las que prestan este tipo de garantías, el riesgo que no obstante asumen está previamente calculado en la relación de cobertura, por lo que el riesgo es mínimo, máxime cuando tienen a su alcance la acción de reembolso. Así que el riesgo que asumen es diferente al riesgo del deudor en la relación subyacente. Es en realidad, como ha subrayado MEO, un riesgo típicamente financiero, que es el que sustituye al riesgo comercial de la relación garantizada. Esto explica el singular papel que realizan las entidades financieras cuando ofrecen este tipo de garantías, actuando como verdaderos intermediarios financieros por la específica actividad económica que desarrollan (183).

El riesgo del garante no aumenta por el deber que tiene de examinar los documentos que deben presentarse por parte del beneficiario cuando reclama el cumplimiento de la garantía. Se trata más bien de un deber formal, debiendo atenerse a los condicionantes recogidos en el documento de garantía, y con base en ellos examinar los demás documentos que debe aportar el beneficiario, pero sin hacer una valoración que vaya más allá del supuesto formal para el cumplimiento de la garantía, ya que, de lo contrario, se entraría a valorar la relación de base, que, en cualquier caso, debe quedar siempre al margen. Por ello, aun cuando son garantías documentarias, el riesgo de que no puede obtener el reembolso por algún incumplimiento en el deber de examinar los documentos accesorios es mínimo. En todo caso, el garante siempre tiene a su alcance la acción de repetición cuando no opone la *exceptio doli*, especialmente cuando tiene el temor de que el ordenante de la garantía excepcione el incumplimiento del deber de protección que tiene con él, aunque sólo limitado a los documentos accesorios al documento de garantía.

---

(183) «L'assunzione del rischio, invece, e la sua manipolazione in senso finanziario costituiscono l'oggetto di una specifica attività di impresa, e all'interno della complessiva gestione di questa il rischio trova una sua neutralizzazione economica e tecnica, senza però che vi sia alcun riverbero sul singolo atto di intermediazione» (*op. cit.*, pág. 197). «Il garante intermediario, infatti, assume il suo impegno nel contesto di un'attività professionale svolta **fondamentalmente** per conto e nell'interesse del proprio cliente, debitore della transazione commerciale sottostante, dal quale riceve un compenso per l'intermediazione effettuata in base alla sua promessa "pura" di pagamento rivolta direttamente a favore del beneficiario» (pág. 196). «Nell'ambito delle garanzie passive di ogni tipo (standby letter of credit, contratto autonomo di garanzia e Bankgarantie) la funzione di intermediazione si è rivelata la chiave di volta dell'interno equilibrio del complesso rapporto di finanziamento e garanzia» (pág. 199).

Quien no asume riesgo alguno es el beneficiario de la garantía. Las garantías bancarias le ofrecen la máxima seguridad de que al menos va a obtener alguna compensación económica en caso de que la relación garantizada no se cumpla. Sólo le pueden ser opuestas excepciones derivadas del propio documento de garantía. El peligro de que se le discuta su título de garantía ejercitando el garante la *exceptio doli* está condicionado, al fin y al cabo, al valor que le darán los tribunales, los cuales deberán interpretar esta excepción con un carácter restrictivo (sólo en casos notorios o cuando la prueba es líquida) (184).

### VI.3. LA DECLARACIÓN PROMISORIA EN LAS GARANTÍAS BANCARIAS

La ajeneidad de la garantía no deviene sólo de que la garantía es un contrato autónomo, sino de la obligación principal que contiene el documento de garantía, quedando, por tanto, limitada la relación entre el garante y el beneficiario a lo establecido en ese documento. Cuando cabe configurar autónomamente una obligación de tal manera que es independiente de otras obligaciones con las que puede tener algún vínculo jurídico, rompiendo cualquier lazo, no hay que recurrir a la abstracción de causa y tampoco a la eliminación de la accesoriedad. Es la propia voluntad de las partes la que puede lograr un máximo grado de independencia. Pero no basta basarse exclusivamente en esta voluntad para querer desvincularse jurídicamente de una obligación precedente, en este caso, la que se quiere asegurar. Hacen falta otros condicionantes.

El interés de un tercero de querer ofrecer un instrumento de garantía que sea ejecutable fácilmente, asumiendo un riesgo solamente financiero, ajeno, al mismo tiempo, a la obligación que se asegura puede materializarse contractualmente mediante una declaración promisorio.

Esta declaración promisorio forma parte de una relación más compleja —una relación básicamente triangular—, pero en la que cada una de las relaciones es lo suficientemente autónoma, siendo especialmente independiente la creada entre el garante y el beneficiario, por lo que la promesa de garantía determina exclusivamente la relación entre las dos partes, sin que pueda interferir en ella las relaciones de valuta y de cobertura.

Para lograr este efecto jurídico es fundamental que el garante asuma una obligación como propia y distinta de la obligación garantizada, prometiendo

---

(184) Recientemente GULLÓN BALLESTEROS dijo que aboga por una restricción enorme en cuanto a la *exceptio doli*, porque los operadores económicos buscan a través de la garantía a primera demanda una garantía lo más independiente posible (*op. cit.*, pág. 339).

el pago de la garantía cuando se cumplan los condicionantes en el documento de garantía. De este modo, responde por una deuda propia y no por una deuda ajena. Como responde por una deuda propia, contenida en la promesa de garantía, falta toda identidad entre la obligación asegurada y la obligación asumida. Muy distinto es, sin embargo, cuando, para lograr un efecto parecido, se renuncia por parte del garante a las excepciones que pueda oponer de la relación de valuta. El fiador sigue respondiendo por una deuda ajena, quedando limitado exclusivamente en su defensa a las excepciones que pueda oponer de la fianza misma. Y aunque ciertamente se logra una relativa independencia, no hay una voluntad de querer asumir una obligación como propia, que es lo que caracteriza a las garantías cuando son independientes. Esta misma voluntad se pretende descubrir en la fianza «a primera demanda», defendiendo alguna resolución judicial que contiene una promesa de pago añadida a la fianza... (185).

Hay alguna semejanza con la promesa de hecho ajeno. En virtud de la misma, el promitente se obliga directamente con el promisorio para el caso de que un tercero no cumpla (asume un riesgo idéntico al del garante). La obligación que asume no es sólo autónoma, sino totalmente independiente de lo que suceda entre el promisorio y el tercero. Se ha dicho que la prestación del promitente es una prestación de garantía: El que promete el hecho ajeno, lo que hace es garantizar al promisorio que su interés será satisfecho, respondiendo de las consecuencias perjudiciales en caso contrario (esta promesa tiene un carácter claramente indemnizatorio) (186). Quizá en un tono un tanto exagerado, G. STOLFI decía que lo que para la doctrina alemana es el contrato de garantía (independiente), para la doctrina italiana es la «promessa del fatto del terzo», siendo un mismo negocio pero con expresiones diferentes (187). Lo cierto es que, como dice G. STOLFI, el promitente se encuentra obligado en vía principal (188), como también el garante cuando presta una garantía in-

---

(185) Esta es la interpretación y calificación de la primera sentencia del BGH que se pronunció sobre la fianza «a primera demanda», de fecha de 3-3-1976, pero al parecer abandonada después, ya que en las resoluciones judiciales posteriores la independencia que se atribuye es, fundamentalmente, por la renuncia de las excepciones por parte del garante-fiador.

(186) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, «La promesa del hecho ajeno», ADC, 1964, pág. 11, que recoge las posturas dominantes entonces de la doctrina francesa e italiana.

(187) «La promessa del fatto di un terzo», Riv. Dir. Comm., 1927, I, pág. 220.

(188) Op. cit., pág. 217. Recogido también literalmente por GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pág. 15, pero sin citar a este autor italiano.

(189) Las semejanzas con la promesa de hecho ajeno («promissio facti alieni») son matizadas por STAMMLER, op. cit., págs. 42 y sigs., quien, no obstante, reconoce «dass solche "promissiones facti alieni" als elementare Momente im Tatbestande eines Garantievertrages vorkommen» (pág. 44).

dependiente (189). Sin embargo, hay diferencias funcionales y también estructurales entre la promesa de hecho ajeno y las garantías independientes (190). Ello no constituye obstáculo para que algunos autores, en la búsqueda de la «*fattispecie*» de estas garantías atípicas, propugnen su admisión en esta otra figura jurídica (191).

En la promesa de hecho ajeno es presupuesto que no exista relación alguna entre el promisorio y el tercero, siendo la obligación asumida por el promitente el medio para que el promisorio tenga interés en desplegar una determinada actividad. Por ello, a diferencia de las garantías bancarias que parten siempre de una relación previamente establecida, la promesa depende exclusivamente de la voluntad del promitente. Se presta la promesa porque se quiere, sin que nadie la ordene expresamente (192). Las garantías bancarias, por el contrario, siempre son resultado de una previa negociación comercial entre el acreedor y el deudor, interviniendo el garante como un intermediario financiero. Por esta razón el riesgo en la promesa de hecho ajeno es mucho mayor para el promitente al depender exclusivamente del comportamiento del tercero. Es bastante probable que el promitente tenga que cumplir con su obligación dada la incertidumbre que siempre hay cuando se tiene que estar a la voluntad de un tercero. Sólo la confianza que se tiene en ese tercero puede justificar una promesa de hecho ajeno. Tal riesgo no existe en las garantías bancarias que no operan sobre criterios de confianza, sino con base en criterios exclusivamente financieros.

Todas estas matizaciones no impiden, sin embargo, ver en las garantías bancarias una declaración promisorio de pago, cuya fuente de obligaciones es exclusivamente el documento de garantía, siendo el único título para reclamar el crédito, y, por tanto, todas las vicisitudes deben constreñirse a esta relación entre el garante y el deudor, sin que para nada tenga que influir la relación de base, tanto cuando sea una garantía pura o una garantía documentaria. La obligada referencia a la relación de base, cuando la garantía es documentaria, no implica una mayor conexión jurídica entre ambas relaciones jurídicas, puesto que si surge alguna controversia siempre deberá resolverse atendiendo a los condicionantes establecidos en la propia garantía bancaria.

---

(190) Vid. Buzzo, *op. cit.*, pág. 233.

(191) Así, en el Derecho italiano, con base en el artículo 1.381 del Código Civile. En especial, vid., CHERUBINI, *La promesa del fatto del terzo*, Milano, 1992, págs. 45 y sigs., y 145 y sigs.

(192) Sobre su carácter gratuito u oneroso, vid. CHERUBINI, *op. cit.*, págs. 92-97.

## VI.4. LA RIGIDEZ FORMAL DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

La rigidez formal de las garantías bancarias («Garantiestrenge») obliga al garante a ceñirse exclusivamente a la comprobación de los condicionantes fijados (por norma general, cuando la garantía es documentaria, se deben presentar documentos que acrediten la justificación de la reclamación del beneficiario; cuando es pura es suficiente la presentación del documento de garantía), quedando excluida cualquier posibilidad de oponer excepciones que no tengan su origen en la propia garantía. En este sentido, se puede afirmar que la declaración promisorio del garante es una declaración formal por cuanto se debe estar sólo a los documentos que se exigen al beneficiario. Basta con que se acredite el supuesto formal de la garantía («formeller Garantiefall») para que sea ejecutada (entonces el acreedor está legitimado formalmente para hacer valer su crédito). Esta rigidez formal está empezando a ser cuestionada —a mi juicio erróneamente— con la admisión por la jurisprudencia de la *exceptio doli*, incluso, con carácter previo, con la acogida favorable de algunos tribunales de instancia de las interdicciones de pago a instancia del garante, como medida cautelar, ante una posible reclamación abusiva por parte del beneficiario.

## VI.5. LA PARTICULAR ESTRUCTURA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS

Toda garantía bancaria supone una relación triangular (193) en la que la garantía constituye una relación añadida, mediante la cual un tercero —el garante— entra en contacto con los que han constituido o van a constituir una relación previa, interviniendo como un intermediario para ofrecer una garantía, intervención que se produce precisamente por las actividades financieras que realiza (194). De modo que se produce una vinculación de carácter netamente económico, optándose por norma general por estas garantías para la concertación de una determinada operación co-

---

(193) Una completa exposición puede encontrarse ahora, en la doctrina española, en la obra de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo...*, op. cit., en especial, págs. 148 y sigs., en las que analiza la relación jurídica entre el ordenante y el banco garante y el beneficiario, y págs. 253 y sigs., que tienen por objeto la relación entre el banco garante y el beneficiario.

(194) Estoy en la línea de Bozzi, quien afirma: «Consegue che il contratto di garanzia autónoma per essere causalmente qualificato dev'essere inserito nel più ampio contesto della complessiva operazione económica realizzata dalle parti dalla quale emergono, non soltanto la ragione giustificativa che ha indotto le parti a perseguire un dato interesse, ma anche le modalità con le quali si é voluto raggiungere un determinato fine pratico» (op. cit., pág. 239).

mercial, pero sin que el garante se vincule jurídicamente a esta operación al no tener ningún interés en ella. A diferencia de otras relaciones triangulares (la asunción de deuda, la delegación, el crédito documentario, el mandato de crédito...), el nexo de unión de las garantías bancarias con la relación de valuta no es jurídico sino económico (195). En definitiva, no estamos ante un «collegamento negoziale» (196).

En las garantías bancarias cada uno de los sujetos (deudor, garante y acreedor) tiene una posición jurídica perfectamente definida, en la que cada uno cumple con sus obligaciones dentro de la relación jurídica respectiva (relación de valuta, relación de cobertura y relación de garantía), sin ninguna interferencia en la relación ajena, precisamente como consecuencia de la independencia de cada una de ellas. Ni siquiera se produce una interferencia cuando el garante tiene que examinar los documentos como consecuencia de una garantía documentaria. No hay por parte del garante un deber de protección del ordenante de la garantía, sino un deber que emana del propio documento de garantía (197).

Las garantías bancarias se ejecutan cuando el beneficiario reclama el cobro de su crédito. Una vez cumplida la garantía, el garante exige lo desembolsado por él al deudor principal y ordenante de la garantía. Y si no está justificado el pago, el deudor principal tiene la posibilidad de actuar contra el acreedor. De este modo, cada uno puede accionar contra el otro, de forma ordenada, con lo cual hay una distribución de las ventajas que cada relación ofrece a los que forman parte de la relación triangular y, al

---

(195) Así, Bozzi, *op. cit.*, págs. 250-251: Il contratto di garanzia e quello di mandato sono stipulati in vista di quello di base nei cui riguardi sono economicamente strumentali. Con questo significato può dirsi che la garanzia influisce sulla nascita del contratto di base, sebbene i contratti restino giuridicamente autonomi e distinti, le parti avendo voluto espressamente escludere qualsiasi collegamento giuridico evitando di rendere le vicende modificative esclusive delle situazioni soggettive nascenti dall'uno e dall'altro reciprocamente interdipendenti.

Il nesso economico e funzionale si esaurisce quindi con la conclusione del contratto di base perché i singoli negozi nei quali si suddivide l'operazione economica vivono, per espressa volontà delle parti, ciascuno una vita giuridica propria e distinta.

(196) Vid., para la doctrina española en general, la obra de A. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994.

(197) No es de aplicación, a mi modo de ver, la figura de los contratos con eficacia de protección a terceros («Verträge mit Schulzwirkungen für Dritte»), elaborada por LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd I., *Allgemeiner Teil*, München, 1987, & 17, II, págs. 224 y sigs. Vid., las reflexiones de MASTROPAOLO, *op. cit.*, págs. 399-401. Al menos la falta de conexión jurídica con la relación de base lo impide. Y, además, no es función de las garantías bancarias. El carácter neutral de las mismas excluye la buena fe. Un planteamiento en sentido contrario supone una vez más una clara fisura en la pretendida independencia de las garantías bancarias.

mismo tiempo, un equilibrio de los intereses de cada uno de los sujetos integrantes de la misma (198).

Con este esquema las garantías bancarias pueden cumplir la función de pago que le asigna la práctica comercial. Dada la posición neutral del garante (199), éste no puede ni debe oponer excepción alguna de la relación de valuta. Por su falta de interés jurídico en la relación garantizada, al no responder por ella, sino por una obligación propia contenida en el documento de garantía, ni siquiera debería oponer la *exceptio doli*, como tampoco debería instar actuaciones judiciales dirigidas a impedir el pago de la garantía. Y aunque este enfoque puede permitir que en un determinado caso el acreedor de esta garantía utilice abusivamente el título de garantía, no es argumento suficiente para negar la independencia a las garantías bancarias, ya que el deudor principal tiene siempre a su alcance la acción de restitución después de haber pagado al garante la cantidad desembolsada por él como consecuencia del pago indebido de la garantía. No hay, por tanto, razón para que el pago indebido sea discutido en la relación del garante con el beneficiario, cuando de antemano el deudor principal ha dado su consentimiento para que un tercero preste una garantía desvinculada totalmente de la relación garantizada, y, por consiguiente, no se puede entrar en las vicisitudes de la relación subyacente porque así también lo ha querido el deudor principal y ordenante de la garantía. Cuando un deudor se dirige a un tercero para que intervenga como garante de una garantía independiente, implícitamente hay una orden por parte del acreedor de que cuando se otorgue la garantía sea para que el tercero no le oponga excepción alguna (200). Si no hay mandato, ni asunción de deuda ni fianza, ¿por

---

(198) Nuevamente citamos a Bozzi: «L'autonomia della garanzia e la inclusione della clausola di pagamento "a prima richiesta" e "senza eccezioni" nonché di altre analoghe assolvono dunque una funzione distributiva dei rispettivi vantaggi e dei singoli "ruoli" assegnati alle parti e di sostanziale equilibrio delle posizioni nello schema trilaterale: al creditore, beneficiario della garanzia, assicurano il vantaggio dell'immediata realizzazione del crédito; al garante, ponendo al riparo la garanzia da ogni interferenza col rapporto di base, garantiscono una posizione di "terzietà"; consentono, al debitore principale, di pervenire alla conclusione di affari di rilevante valore economico senza costi aggiuntivi» (*op. cit.*, pág. 247).

(199) Subrayado, con insistencia, por MEO, *op. cit.*, págs. 98 y sigs., 306 y sigs., y 379 y sigs.

(200) Estoy de acuerdo con Bozzi cuando afirma que «l'attribuzione patrimoniale realizzata attraverso il contratto di garanzia autónoma é causalmente giustificata, ossia é assistita da idonea funzione economico-giuridica, in relazione al preesistente rapporto giuridico cliente-banca, sicché le vicende del contratto di base sono ininfluenti sull'attuazione del contratto di garanzia autónoma e non sono quindi opponibili dal garante al beneficiario sia i vizi causali del contratto di base (mancanza o illiceità) sia i vizi attinenti allo svolgimento del rapporto di valuta da esso nascente (eccezione d'inadempimento) né tramite la *condictio indebiti*, che consente la rimozione di effetti

qué el garante tiene que hacer valer las excepciones que, en principio, corresponden al ordenante de la garantía?

Por otra parte, el desplazamiento patrimonial que se produce con el pago de la garantía es independiente de lo que suceda en la relación de valuta, por lo que la causa de la atribución patrimonial no hay que buscarla fuera de la garantía, y, por tanto, nunca se da el problema de la falta de causa externa. Puede faltar la causa interna, pero esto atañe exclusivamente a la relación de garantía.

Vista así la estructura de las garantías bancarias, no tiene sentido que el garante pueda ejercitar la *condictio indebiti* aun cuando el pago de la garantía es indebido. Como también resulta difícil admitir la *exceptio doli*, ni siquiera como un límite de la independencia (201), ya que no encaja en una relación triangular cuyo nexo de unión es económico pero no jurídico. Aparte de que con su admisión se corre el peligro de una excesiva generalización de la *exceptio doli*, en la que puede tener cabida cualquier tipo de vicisitud proveniente de la relación de valuta. Para evitar este peligro, habrá que insistir en el carácter siempre extraordinario de esta excepción perentoria, debiendo estimarse restrictivamente y en casos muy concretos que deben ser perfilados por los tribunales (202). Pero no por ello, las garantías bancarias dejan de ser garantías independientes, porque está en su propia naturaleza y estructura.

K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Granada

---

già prodotti, né tramite l'exceptio diretta a paralizzare direttamente la pretesa del creditore-beneficiario; la banca, che ha onerato la garanzia in base all'agibilità dell'autonomia imposte nel mandato, potrà agire contro il mandante-ordinante "conteggiando" direttamente il pagamento eseguito, se il cliente ha fornito la provvista al momento del rilascio della garanzia, ovvero mediante l'esercizio dell'*actio mandati contraria*, se il cliente si è obbligato a rimborsare successivamente i fondi relativi» (*op. cit.*, págs. 240-241).

(201) Lo niega claramente Bozzi, *op. cit.*, pág. 295.

(202) Vid. MASTROPAOLO, *op. cit.*, pág. 401.