



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Pablo Sánchez Martín



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL

CIVIL

MERCANTIL

NÚMERO 25. JUNIO 2018

01

Sobre los testamentos notariales otorgados por personas con discapacidad intelectual sometida a curatela.

Julio Luís Gallego Martínez.
Juez.

02

La naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento: una cuestión jurisprudencialmente debatida y debatible

Eugenio Pizarro Moreno
Profesor Titular Derecho Civil

01

SOBRE LOS TESTAMENTOS NOTARIALES OTORGADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL SOMETIDA A CURATELA.**Julio Luis Gallego Martínez.**

Juez.

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2. Durango.

RESUMEN: *El Tribunal Supremo en Sentencia nº 146/2018, de 15 de marzo analiza la capacidad para testar de una mujer con discapacidad intelectual. El Alto Tribunal entiende que con independencia de cuál sea la causa de discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, la facultad que concede el artículo 665 del Código Civil (designación por el notario de dos facultativos que respondan de la concreta capacidad para testar) ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar.*

VOCES: *Capacidad para testar, incapacidad, curatela, actos de disposición, actos mortis causa,*

COMENTARIO

La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve sobre la capacidad de una testadora sometida a curatela para hacer testamento.

Los actos objeto de contienda entre las partes se contraen a la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con una discapacidad intelectual. El primero fue otorgado con anterioridad a la sentencia de modificación judicial de la capacidad de la testadora, pero con posterioridad a que el Ministerio Fiscal hubiera promovido el correspondiente procedimiento judicial de modificación de su capacidad de obrar. El segundo testamento fue otorgado por esta persona con posterioridad a la Sentencia que la sujeta a curatela para la realización de actos de disposición, pero sin pronunciarse expresamente sobre su capacidad para testar.

La sentencia dictada el 29 de octubre de 1995 en el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, señala que esta persona “es totalmente incapaz para la administración de sus bienes, debiendo adoptarse como régimen protector el de la curatela», así como que la incapaz padece “un retraso mental que si bien le permite desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, la incapacita totalmente para cuestiones de mayor complejidad, tales como la administración de sus bienes para lo cual la propia incapaz siempre delegó en otras personas”. Esta resolución fue aclarada por auto de 15 de noviembre de 1.995 en el sentido de que “se establece que la incapaz Sra. Eufrasia, lo es para los actos de disposición de sus bienes, y no de administración, tal y como erróneamente figura en el fallo, permaneciendo inalterables los demás pronunciamientos de la misma”. Recurrída en apelación fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de 17 de julio de 1.996.

En relación a la impugnación de los dos testamentos notariales otorgados, la demanda fue estimada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Villaviciosa, y dicha Sentencia fue revocada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias. En la Sentencia de instancia, se declaró la nulidad de los testamentos otorgados en 1.993 y 2.012 respectivamente, ya que la demandada no tenía capacidad suficiente para otorgarlos. No obstante, en segunda instancia, se dispuso que, tal y como entendió el notario que autorizó el testamento en 2.012, la Sentencia de modificación de la capacidad ni privó a la causante de la facultad de testar, ni quedó excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme a lo dispuesto en el artículo 655 del Código Civil. A las razones expuestas añade la sentencia dictada en la alzada que los informes médicos emitidos en el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar consignaban que la incapaz tenía un coeficiente intelectual del sesenta por ciento, con dificultades para el pensamiento abstracto, y que mantenía autonomía personal y un aceptable contacto con la realidad, condiciones que la capacitaron para la celebración de un contrato de compraventa de una vivienda y arrendamiento posterior de la misma.

Determinado el supuesto de hecho, el artículo 665 del Código Civil dispone que “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

Respecto del significado y alcance de la norma aplicable, las partes litigantes tenían criterios confrontados. Para la parte demandante ha de interpretarse en el sentido que la persona con capacidad de obrar limitada, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición; mientras que la parte demandada sostiene que la limitación de capacidad de obrar para realizar actos de disposición no comprende los actos “mortis causa” sin contar con la apreciación del notario y la de dos facultativos que la reconozcan y adveren su capacidad, en cuyo caso no es necesaria la presencia del curador.

Con base en lo expuesto, el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente estudio, concluye que puede otorgar testamento una persona con capacidad de obrar modificada judicialmente, si bien deben cumplirse las formalidades exigidas por el artículo 665 del Código Civil.

La deducción precedente descansa en la presunción de capacidad reconocida en nuestro Ordenamiento Jurídico (Art. 10 CE, Art. 322 CC y Art. 760.1 LEC), y refrendada por la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Por ello, se puede afirmar que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción, como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1.916 que disponía *"ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido"*.

Por otra parte, se señala en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil que la declaración de incapacidad para regir persona y bienes no representa automáticamente la imposibilidad jurídica para testar, salvo que se disponga expresamente lo contrario en Sentencia dictada en

procedimiento de incapacidad; ya que una cosa es precisar de asistencia de curador para la realización de determinados actos de disposición, y otra es encontrarse plenamente capacitado en el momento del otorgamiento del testamento. Por ello, el artículo 665 del Código Civil antes citado, debe ponerse en relación necesariamente con los artículos 662 (*"pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente"*), 663.2.º (*"están incapacitados para testar: [...] el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio"*), 664 (*"el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido"*) y 666 (*"para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento"*) del mismo Código.

En definitiva, se concluye que la limitación de la capacidad de obrar establecida en Sentencia que exige la intervención del curador para la realización de actos de disposición, no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. Se valora que las disposiciones de bienes "mortis causa" no pueden equipararse a los actos de disposición "inter vivos", existiendo una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

Por ello, la doctrina jurisprudencial que emana de la resolución analizada es clara en el sentido de que para determinar la nulidad de un testamento con independencia de cual sea la discapacidad del testador, hay que probar de modo concluyente la ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento que sea objeto de impugnación, sin que la declaración judicial de incapacidad de aquél sea prueba determinante por sí sola para concluir que la disposición testamentaria sea nula, debiéndose por tanto, llegar a tal conclusión en base a la valoración conjunta de la prueba practicada, y no únicamente de la previa incapacitación del testador.

Sentencia de 15 de marzo de 2018

(ROJ: STS 936/2018 - ECLI:ES:TS:2018:936)



02

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO: UNA CUESTIÓN JURISPRUDENCIALMENTE DEBATIDA Y DEBATIBLE.

Eugenio Pizarro Moreno

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).

RESUMEN: *En el presente análisis se realizará un estudio sobre la Sentencia citada respecto a los antecedentes de hecho, fundamento jurídico y fallo. Se aportarán diferentes doctrinas y se resolverán posibles cuestiones relacionadas concluiremos con la propia solución del caso y otras posibles que se podrían haber dado. El mismo TS corrige las soluciones de instancia. El caso expone un recurso de casación interpuesto por la procuradora de “The Railways Organisation Of Greece S.A.” ante “Barclays Bank S.A.” por la desestimación del recurso de apelación tras un proceso de juicio ordinario. Ante ello, se plantean una serie de cuestiones a resolver por los jueces y tribunales, como son fundamentalmente: interpretaciones de acuerdos recogidos en el contrato, influencia de la demora de las acciones contempladas y vigencia de los compromisos de los avalistas.*

VOCES: *Garantía real, garantía personal, aval a primer requerimiento, efectos jurídicos del aval.*

COMENTARIO

1.- A modo de introducción: los hechos determinan la sentencia

El planteamiento básico es de una simplicidad contundente. Nos encontramos ante un supuesto de cumplimiento obligacional garantizado mediante dos avales a primer requerimiento¹. Estos avales

¹ SICRE, L. (2014), El Supremo perfila el régimen del “aval a primer requerimiento” [eleconomista.es] Recuperado desde: <http://www.eleconomista.es/civil/noticias/6230336/11/14/El-Supremo-perfila-el-regimen-del-aval-a-primer-requerimiento.html>.: El aval a primer requerimiento se define como un contrato atípico a través del cual el fiador o avalista se obliga frente al acreedor a satisfacer la obligación garantizada cuando éste se la reclame.

bancarios² (Barclays Bank, S.A.), surgen de los contratos firmados entre las sociedades Técnicas Modulares e Industriales y *The Railways Organisation of Greece*, demuestran que:

- I. Aval número 58.665: [...] se obliga a pagar a su compañía en el plazo de tres días, sin investigar, y añadiendo los intereses devengados [...] El pago deberá realizarse, en el plazo acordado o la entrega de la documentación indicada, cuando la sociedad suministradora incumpla con las obligaciones y no haya entregado los documentos especificados. El aval cesará su vigencia tras la entrega del último vagón de tren.
- II. Aval número 58.666: [...] comparte aspectos del anterior, salvo que de conformidad con lo estipulado en el artículo 9 del contrato, dicha sociedad ha sido requerida para aportar un aval bancario por suma equivalente al 10% del valor de dicho contrato [...] El presente aval será devuelto a la entidad tras la entrega del último vagón de tren.

Ante la presunta falta de cumplimiento, *The Railways Organisation Of Greece S.A.* interpone demanda contra la entidad financiera Barclays Bank S.A. ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en reclamación de 1.804.202,22 € más los intereses legales devengados; pretendiéndose el cumplimiento de los anteriores avales, cuyo requerimiento de pago fue comunicado el 29 de septiembre de 2011, sin que la entidad financiera procediese al pago al pretender una reducción del importe conforme a las entregas parciales que se habían realizado; e interponiéndose las costas derivadas de la demanda.

² BBVA. Qué es un aval bancario y cómo puedo conseguirlo [bbva.es] Recuperado desde: <https://www.bbva.es/general/finanzas-vistazo/prestamos/que-es-aval-bancario/index.jsp>, a 21.09.2017.

Un aval bancario es una operación de garantía por la que el avalista (banco) se compromete a responder del cumplimiento de una obligación, de carácter o no financiero, del avalado (normalmente cliente) ante un tercero (beneficiario), en caso de que el avalado no lo haga.

Para la entrega de un aval, es necesario que el cliente formalice ante notario una Póliza de Cobertura en la que se regula las relaciones entre el banco y el avalado.

El aval no supone un desembolso inmediato de dinero por parte del banco a favor del beneficiario del aval, pero sí puede suponerlo en un futuro, si dicho beneficiario lo ejecuta. Llegado ese momento el banco, que ha cumplido, requerirá al cliente que le reintegre dicha cantidad.

La parte demandada se opuso, alegando la importancia de las relaciones subyacentes, el carácter de meras cartas de garantía y la pérdida de interés e incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante, atribuyéndosele un retraso desleal³. Solicitándose, por tanto, el desistimiento de la demanda, absolviéndose e imponiéndose costas a la parte demandante.

Existen muchas resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo que tratan sobre este concepto, como son: 21/01/1965; 21/05/1982, 06/06/1992; 02/02/1995; 13/07/1995; 04/07/1997; 20/11/2007; 03/12/2010..., aunque vamos a hacer referencia a la Sentencia 872/2011, del 12 de diciembre de 2011, que define el retraso desleal de la siguiente forma: *“Un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercerá el derecho”*.

Cabe decir, que la Jurisprudencia no sólo exige transcurso del tiempo para aplicar esta doctrina, ya que deberán de darse otros elementos que generen en la parte deudora la “legítima confianza” en la conducta permisiva de la parte acreedora. Esta exigencia puede verse en la Sentencia del TSJ de Catalunya de 12/09/2011: *“6º. En primer lugar debe desestimarse la aplicación al caso de la doctrina del retraso desleal. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, STS Sala 1ª de 20/11/2007; 07/06/2010 o 03/12/2010, la doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo. De ahí se infiere que para la aplicación de*

³ Ya sabemos la incertidumbre que crea la determinación de supuestos acerca de cuándo el retraso es desleal: vid. MORALES, M. La doctrina del retraso desleal [agmabogados.com] Recuperado desde: <http://www.agmabogados.com/es/la-doctrina-del-retraso-desleal/>.

La doctrina del retraso desleal establece que la tardanza en el ejercicio de un derecho supone una actitud desleal cuando transcurre un tiempo suficiente para generar a la otra parte la confianza de que aquel derecho ya no va a ser exigido. Esto está relacionado con el principio de buena fe positivizado del art. 7.1 del Código Civil.

tal doctrina es necesario no solo el ejercicio tardío del derecho sino que exista una conducta de la parte acreedora que pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, que no cabe presumir. Destaca la STS de 07/06/2010 que cuando no se describe actuación alguna del demandante que pueda ser calificada como acto propio, es decir, que revele, con sentido unívoco, su renuncia a la reclamación del derecho, no puede hablarse de retraso desleal con la consecuencia de tenerse por antijurídica su lejana pretensión.” La tardanza en el ejercicio de la acción, en cuanto supone una falta de actuación, no puede, si no es con otros elementos que lo apoyen, convertirse en aquiescencia. Esta Sala tiene declarado que quién puede ejercitar una pretensión es dueño de hacerlo o no mientras la acción se mantenga viva, así como de escoger para ello el momento que estime oportuno (SSTS de 17 de febrero y 11 de marzo de 1999, 23/10/2009, RC nº 313/2005), y el ejercicio de la acción poco antes de que concluya el plazo de prescripción no tiene, por sí mismo, idoneidad como acto propio, ni es suficiente para deducir el retraso en el ejercicio del derecho (STS de 22/10/2002, RC nº 901/1997), pues el derecho pierde la acción para ser reclamado cuando se produce la prescripción, pero mientras no haya prescripción, el derecho permanece sin que pueda atribuirse deslealtad a un mero retraso (STS de 18/10/2004, RC nº 2472/1998)”.

Finalmente, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, declarando la autonomía de los avales a primer requerimiento; el incumplimiento del contrato por parte de The Railways...; el retraso desleal de la parte demandante... e impuso a la parte actora al pago de las costas procesales causadas.

Tras ello, *The Railways Organisation Of Greece S.A* acudió a la Audiencia Provincial de Madrid, interponiendo recurso de apelación. En Segunda Instancia se desestimó dicho recurso, condenándose

nuevamente a la parte apelante al pago de las costas causadas por la alzada.

Ante dicha desestimación por parte de la Audiencia Provincial, The Railways decide acudir al Tribunal Supremo mediante recurso de casación, amparándose en el artículo 477.2.2º en relación con el artículo 477.1, ambos de la LEC, por infringir lo dispuesto en los artículos 1281, 1255 y 7 del Código Civil y doctrina de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁴.

2. Líneas jurisprudenciales esbozadas

En la Sentencia del Tribunal Supremo 3157/2014 se hace referencia a este concepto, donde se fija que *"una confrontación surgida en relación con el contrato principal no puede dar lugar a la ineficacia de la garantía, de tal forma que se convierta ésta en accesoria, desnaturalizándose su verdadera función y quedando eliminada su especialidad"*, donde el aval al primer requerimiento se constituye como una obligación distinta, personal, autónoma, no accesoria e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. De ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones de las derivadas de la garantía misma. Por lo que para el Supremo, resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido.

Aun así, el garante puede probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación, lo que supone su liberación, según el artículo 1258 del Código Civil.

Al amparo del artículo 477.2 LEC, se producen tres motivos de recurso de casación:

A) Dos causas recurridas: Por infracción del artículo 1281 y 1255 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, (Art. 1281. 1. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la

⁴ Para una panorámica completa, es necesario acudir a la obra de INFANTE RUIZ, F. J. (2004): *Las garantías personales y sus causas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. 2. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas); (Art. 1255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público).

La parte recurrente, ateniéndose al artículo 477.2 LEC, determina que la Audiencia no interpretó lo pactado expresamente por las partes en relación con el carácter autónomo y el momento de extinción de la vigencia de los avales.

De la literalidad se desprende que la voluntad de las partes era que la vigencia de los avales se extendiera hasta la entrega del último vagón remodelado.

La respuesta de la Sala fue la estimación de motivos, citando las sentencias 27/2015 y 274/2016 que demuestran la interpretación injustificada de la Audiencia.

B) Por infracción del artículo 7 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, (Art. 7. 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso).

La parte recurrente, denuncia la interpretación de la Audiencia en torno a la aplicación de la doctrina del retraso desleal, argumentando que no concurren los presupuestos para su aplicación.

La respuesta de la Sala fue la estimación del motivo, argumentando que el demandante actuaba dentro del límite temporal pactado por las partes; que la exigibilidad de los avales no podía

calificarse de retraso desleal, debido a que se mantuvieron los libros y documentación contable de los avales; y que en ningún momento se observó la actitud omisiva por la que la demandada pudiera confiar en que no iba ser ejercitado el derecho de garantía.

Tras todo este estudio, la Sala estimó el recurso de casación, así como el de apelación y, en consecuencia, revocaron la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en el sentido de estimar la demanda interpuesta.

Se condenó a Barclays Bank S.A. al pago de las cantidades de 1.202.808,30 €, por el primer contrato, y 601.303,92 €, por el segundo, más los intereses legales devengados de cada uno, así como al abono de las costas de primera instancia y devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

3. *in claris, non fit interpretatio*

A lo largo de este comentario hemos podido observar cómo se pueden interpretar los sucesos según las controversias; la claridad de los términos; la literalidad de las cláusulas; el espacio temporal... Sin duda, uno de los aspectos que ha supuesto la estimación final del recurso ha sido la importancia de dejar constancia en los contratos de las condiciones, de forma precisa, clara y objetiva, para evitar de esta manera interpretaciones subjetivas de cada una de las partes. Asimismo, es importante contemplar posibles modificaciones temporales en el desarrollo de los acuerdos, que pudieran deberse a diferentes situaciones o causas, hecho que de haberse contemplado en la elaboración inicial del contrato podrían haber evitado la interposición de la demanda inicial y de los recursos que la seguían.

Por ejemplo, se podría haber aplicado el mecanismo de novación⁵ (artículo 1203 CC) al contrato inicial, incluyéndose nuevas cláusulas

⁵ CABANILLAS, A. (2014). “Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencias 2(ADC, tomo LXVII, fase III), pp. 1123 y ss.

Recuperados de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-30111501162_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sentencias

La novación, en su sentido estricto, es el modo de extinguir la obligación por la constitución de una nueva que la sustituye (STS de 20 de mayo de 1997; 28 de diciembre de 2000; 10 de junio de 2003; entre otras). Pero también la jurisprudencia ha admitido, junto a la novación extintiva o propia, la novación impropia o

que contemplasen periodos de inactividad y cómo estos repercutirían en los avales previamente establecidos.

Consiste tal aval en un pacto o acuerdo en cuya virtud la *entidad garante* (por lo común una institución financiera, bancaria o, más raramente, una compañía de seguros) garantiza el cumplimiento de la deuda u obligación del *deudor* frente a su *acreedor* quien, así, acaba por convertirse realmente en un *beneficiario* del aval y puede exigir el pago correspondiente a la entidad garante requiriéndola directamente de pago en caso de producirse la falta de cumplimiento de la obligación garantizada. Aunque es y ha sido conocido, también, con las denominaciones de aval o *garantía a primera demanda* o *a primera solicitud*, el triunfo terminológico del giro que da nombre a la rúbrica de estas líneas –impuesto, por cierto, con su extraordinaria habilidad y olfato por la doctrina italiana– está fuera de duda y, por añadidura, es de mayor precisión técnica⁶.

Continuamos, pues, estando frente a una *relación triangular*, (sic) si se quiere, típica de la relación de fianza o aseguramiento, pero que se caracteriza por acabar formulando una garantía desligada, distinta, independiente o autónoma del conjunto de obligaciones inherentes a la relación contractual (o incluso extracontractual, en su caso) que originariamente pudiera vincular a las partes implicadas originariamente (deudor y acreedor; después, *acreedor-beneficiario*).

En tal sentido, la figura del aval a primer requerimiento nace al parecer en Alemania, como un especial *contrato autónomo de garantía* o como una formulación de un complejo de cláusulas contractuales

meramente modificativa, para referirse a la modificación objetiva o subjetiva que es simple alteración de la obligación (STS 23 de mayo de 2000; 26 de junio de 2002; y 10 de junio de 2003).

Jurisprudencia. Sentencia nº 530/2008 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 5 de Junio de 2008 [supremo.vlex.es] Recuperado desde: <https://supremo.vlex.es/vid/permuta-elevacion-novacion-17-1987-40556760>

La STS 530/2008, al que la de 27 de junio de 1992; 18 de marzo de 1992; 23 de abril de 1962; y 25 de abril de 1950, todas ellas en relación con el artículo 1202 del CC, establece que: “*la novación nunca se presume ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar, estando atribuida a la Sala de Instancia la apreciación de los hechos determinantes de la misma (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1987)*”.

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016): *Principios de Derecho civil* Tomo III: Contratos 18-ed 2016, ed. Tirant lo Blanch.

identificadas como tal (*Garantievertrag*), que inicialmente diseñó la doctrina privatista germánica para garantizar operaciones en el exterior o de comercio internacional pero que, en seguida, conoció un éxito sin precedentes en el último cuarto del siglo XX.

Como continúa diciendo LASARTE, hasta el extremo de que el Tribunal Supremo español consagró ya su existencia en la sentencia de 14 de noviembre de 1989 y que, una década después, mudando el siglo, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) la incorporó, *expressis verbis*, al nuevo texto rituario hasta en tres ocasiones (arts. 64, 448 y 529), equiparando, sin ambages y de manera llamativa, el dinero en efectivo con el aval a primer requerimiento:

“La caución –asevera la LEC- podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate”.

Sin duda, como *garantía atípica*, no existe dificultad alguna para entenderla legítimamente fundada en el principio general de autonomía privada consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil y por ello, en el último cuarto de siglo, son relativamente numerosas las sentencias del Tribunal Supremo relativas a casos de aval a primer requerimiento.

Una de las últimas, sobre las que desearíamos llamar la atención, es la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 398/2014, de 24 de noviembre (ponente Sr. SALAS CARCELLER), relativa a un caso de compraventa de inmuebles con precio aplazado en fecha determinada y que, por cierto, da buena cuenta (en su fundamento 2º) de la jurisprudencia precedente.

Al llegar la fecha contractualmente fijada y ante la circunstancia de no poder llevar a cabo el pago, la parte compradora pretende la suspensión del pago en tanto no se eliminase la perturbación derivada de una acción reivindicatoria y, demanda asimismo, de manera complementaria, la condena a la entidad bancaria avalista a suspender

el pago del aval a primer requerimiento, *petitum* rechazado de plano por la sentencia, según reproducimos seguidamente:

“TERCERO.- De lo anterior se desprende que la suspensión de la ejecución de este tipo de avales a solicitud del deudor y como consecuencia de una controversia surgida en el contrato principal, es contraria a su naturaleza jurídica puesto que desconoce su carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio, como se deduce de la doctrina jurisprudencial señalada.

Una confrontación surgida en relación con el contrato principal no puede dar lugar a la ineficacia de la garantía, de tal forma que se convierta ésta en accesorio, desnaturalizándose su verdadera función y quedando eliminada su especialidad.

Una vez pactado, para bien y para mal, la abstracción y la independencia que caracterizan a la figura convierten al aval a primer requerimiento en una arma jurídica de implacable eficacia y, por tanto, de aplicación inmediata, pues cualquier debate relacionada con la obligación garantizada o la situación jurídica de la que traiga causa deviene no sólo imposible, sino que -hablando en términos procesales- puede resultar contraproducente porque a juicio del TS no es admisible, en manera alguna, pretender convertir en accesorio la garantía que convencionalmente fue establecida como independiente y abstracta. ¡Así lo configuró la doctrina hace unas décadas y así lo ha declarado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de manera reiterada!⁷.

Quizá se trate de una tautología jurídica en cuanto a su confección: de forma que pudiésemos decir que, en la línea con muchas argumentaciones, que al tratarse de una pretensión que actúa “en vez de”, “para cuando no cumpla el deudor principal”, es accesorio y, por tanto, no puede tener autonomía propia. Sin embargo, la argumentación del TS va en otro sentido: precisamente porque fue pactada, convencionalmente establecida en el contrato, el aval a primer requerimiento es una especie de obligación abstracta (en el sentido de

⁷ LASARTE, *ibidem*.

no causal) e independiente, que tiene potencialidad y existencia al margen de los avatares del contrato al que sirve de base.

Queda por resolver, entre otras, una cuestión: ya parece claro que la muerte del avalista transmite a los herederos su condición como tal, con lo que éstos quedan obligados por la garantía que hubiese establecido su causante. No obstante, ha habido ocasiones donde la cuestión propiamente jurídica es mucho más procelosa. Imaginemos el supuesto: empresa Z que arrienda durante 3 años un local a la empresa X, avalada por el firmante, apoderado de la empresa Z. Antes de los 3 años de cumplimiento del contrato, fallece el avalista, y, poco después, movido por las incesantes deudas de la empresa Z, entra ésta en declaración de quiebra y concurso voluntario de acreedores.

La cuestión es: ¿pueden reclamarse a los herederos del avalista las cantidades adeudadas por el impago del alquiler, generadas con posterioridad al fallecimiento del avalista? No es momento de entrar en las vicisitudes de cuestiones tan procelosas, pero baste decir que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han dividido en este sentido, prevaleciendo en la jurisprudencia menor la tesis de que los herederos han de responder de las deudas del avalista fallecido –incluso– con anterioridad a la generación de la deuda. Pero esto es ya harina de otro costal.