
22. PÉREZ-LLORCA

**PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES
DE AVALES A PRIMERA DEMANDA MEDIANTE
LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES
INAUDITA PARTE: ¿HACIA LA SUPERACIÓN
DE LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA?**

**COMENTARIO AL AUTO DEL JUZGADO
DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 34 DE MADRID
DE 23 DE ABRIL DE 2009**

Félix J. MONTERO MURIEL y Fernando BEDOYA FLORES
*Abogados
Pérez-Llorca*

RESUMEN

El Auto comentado es un claro exponente de un cambio de dirección en el criterio de nuestros Tribunales respecto a la paralización de ejecuciones de avales a primera demanda como medida cautelar. Dicho cambio cobra especial relevancia en el actual contexto económico-financiero, donde la escasa actividad económica aumenta la utilización de la figura del aval a primera demanda para obtener liquidez de forma rápida, en ocasiones de forma improcedente. Así, el criterio jurisprudencial clásico de la incomunicación absoluta entre el contrato de garantía y el negocio jurídico causal está dando paso a un criterio más flexible que permite hacer frente a ejecuciones infundadas o fraudulentas. Construcción ésta que viene tomando mayor relevancia a partir de determinadas resoluciones del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales.

La importancia del auto que se comenta reside en ser un caso paradigmático que refleja fielmente esta nueva línea jurisprudencial, según la cual la regla general de la inmediatez de la ejecución de avales a primera demanda no es radical y absoluta, sino que puede tener excepciones que permiten su paralización.

ABSTRACT

The resolution analysed can be regarded as a clear exponent of the change of course experienced by case-law criteria regarding interim measures aimed at the suspension of the enforcement of on-demand guarantees. This change becomes particularly relevant in the current economic and financial situation as the downturn in economic activity increases the use of on-demand guarantees as a fast means of obtaining liquidity, with no grounds in certain cases. Thereby, the traditional view regarding the total lack of communication between the guarantee and the underlying contract is evolving towards a more flexible one allowing a reaction to groundless or fraudulent enforcements. This view is becoming increasingly relevant as the result of certain judgements of the Supreme Court and of the Courts of Appeal.

The significance of the resolution is in the fact that it illustrates the latest judicial trend pursuant to which the general rule consisting of the immediate enforcement of on-demand guarantees is not radical and absolute but rather subject to exceptions that allow for its suspension.

1. HECHOS

En junio de 2007, la parte demandante (como vendedora) y la parte demandada (como compradora) celebraron un contrato de compraventa inmobiliaria sometido a una condición suspensiva: la obtención de la licencia urbanística de obras y actividad necesaria para la construcción de un complejo de oficinas sobre las parcelas objeto de la compraventa. En el clausulado del referido contrato se estableció la obligación de la vendedora de restituir el precio anticipado por la compradora en el caso de que no se cumpliera la condición suspensiva. Para garantizar esta obligación, la vendedora otorgó un aval a primera demanda a favor de la compradora, sobre el cual gira el presente comentario.

Pues bien, mientras que la vendedora consideraba que se había cumplido la referida condición suspensiva y, por tanto, que procedía el otorgamiento de escritura pública de compraventa y la devolución del aval otorgado como garantía, la compradora consideraba que la condición suspensiva había expirado procediendo a comunicar la resolución del contrato y a anunciar la ejecución del aval.

En este contexto, la vendedora inició un procedimiento arbitral frente a la compradora en el que solicitó que se declarase indebida la resolución contractual promovida por la compradora y que, en consecuencia, se condenase a ésta a (i) otorgar la oportuna escritura pública y pagar las cantidades pendientes de abono, y (ii) devolver el aval otorgado en su día en garantía de la obligación de la vendedora de reintegrar a la compradora las cantidades recibidas a cuenta del precio, para el caso de incumplimiento de la condición.

Paralelamente, la vendedora formuló una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* con la que pretendía obtener una resolución por la que (i) se prohibiese a la compradora la ejecución total o parcial del aval a primer requerimiento; (ii) se decretase el embargo preventivo de las cantidades entregadas o pendientes de entrega por la entidad bancaria a la compradora como consecuencia de la ejecución del aval; y (iii) se enviase una comunicación urgente a la entidad bancaria informándole de las medidas cautelares acordadas y requiriéndola para que informase sobre cualquier requerimiento presentado para la ejecución del aval y sobre los detalles de los pagos que se hubieran podido realizar.

En su solicitud, la vendedora alegó que la compradora estaba ejecutando de forma indebida y abusiva el aval, causándole así graves perjuicios y viéndose desprotegida de la tutela que pretendía obtener mediante el procedimiento arbitral iniciado.

Mediante Auto de 26 de enero de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid (Medidas cautelares previas 123/2009) acordó la adopción de las medidas cautelares *inaudita parte* solicitadas por la vendedora-demandante, evitando así la posible ejecución del aval a primera demanda por parte de la compradora-demandada.

La compradora-demandada se opuso a dicho Auto basando su argumentación en la ausencia de acreditación de los hechos que justificarían la apariencia de buen derecho y en la inexistencia de peligro alguno por la mora procesal. Además, en la vista del correspondiente incidente de oposición alegó la falta de legitimación de la vendedora-demandante derivada del carácter autónomo del aval a primera demanda respecto del negocio jurídico causal.

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid, mediante Auto de 23 de abril de 2009 (Medidas cautelares previas 123/2009),

desestimó la oposición formulada por la compradora, manteniendo las medidas cautelares acordadas e imponiendo las costas del procedimiento cautelar a dicha parte (en adelante, Auto). Dicho Auto, que será el objeto del presente comentario, habrá de entenderse complementado e integrado por el dictado previamente por el mismo Juzgado con fecha 26 de enero de 2009 que concedió las medidas cautelares solicitadas por la vendedora-demandante.

De los razonamientos del Auto importa subrayar los referentes a los motivos de oposición esgrimidos por la compradora-demandada relativos a (i) la alegada falta de legitimación activa de la vendedora-demandante, y (ii) los requisitos de la apariencia del buen derecho y el peligro por la mora procesal.

En relación con el motivo de falta de legitimación activa, hay que destacar las consideraciones del Auto relativas al carácter abstracto e independiente del aval a primera demanda respecto del negocio jurídico causal, *i.e.*, el contrato de compraventa inmobiliaria. Considera el Auto que la jurisprudencia ha introducido un criterio moderador de la rigidez de las consecuencias derivadas de la naturaleza y carácter autónomo del aval a primera demanda, permitiendo, cuando así lo aconsejen las exigencias de la buena fe y la evitación del abuso de derecho, la comunicación entre aquél y el negocio jurídico subyacente. En consecuencia, la incomunicación entre el aval a primer requerimiento y el contrato de compraventa inmobiliaria no es absoluta, sino que se puede excepcionar.

En cuanto a los requisitos de la apariencia del buen Derecho y el peligro por la mora procesal, considera el Auto que deben apreciarse al quedar acreditado que las medidas cautelares persiguen mantener la situación económica creada por la voluntad de las partes mediante el pago a cuenta de parte del precio del Contrato en tanto se resuelve acerca de la eficacia del mismo en el correspondiente procedimiento arbitral.

Como veremos a continuación, lo verdaderamente relevante del Auto es que plasma una nueva tendencia de nuestros Tribunales que, superando la doctrina clásica sobre los avales a primera demanda, apunta hacia una flexibilización o apertura de los motivos de oposición a la ejecución de este tipo de garantías. Asimismo, veremos como el Auto es un claro representante de toda una serie de resoluciones de instancia de diversos Juzgados que, sobre la base de la anterior doctrina, acuerdan la paralización de la ejecución de avales como medida cautelar en casos aparentemente abusivos. La bondad del Auto reside en ser un caso paradigmático que refleja fielmente una línea jurisprudencial que cobra máxima actualidad y relevancia en el contexto económico actual.

3. COMENTARIO

3.1. El aval a primera demanda: concepto y criterios jurisprudenciales clásicos

3.1.1. Preliminar: el concepto de aval a primera demanda

A efectos meramente introductorios, y sin realizar ahora mayores precisiones, podemos entender por aval a primera demanda el contrato de garantía, independiente del negocio jurídico causal u obligación garantizada, mediante el cual el garante (generalmente una entidad financiera) se obliga ante el acreedor de una obligación (beneficiario de la garantía) a pagar una suma de dinero desde el momento en que éste notifique el incumplimiento del deudor (avalado), sin que el beneficiario tenga que acreditar dicho incumplimiento.

Como notas más características de la figura del aval a primera demanda podemos destacar que se trata de una garantía personal, independiente, abstracta y autónoma respecto de la relación contractual subyacente a la garantía. Ello tiene una plasmación práctica

muy importante: en principio, el garante no puede oponer las excepciones de la relación subyacente frente al beneficiario. Es decir, el garante debe entregar la cantidad avalada al beneficiario, sin que sea necesario acreditar que ha habido un incumplimiento por parte del deudor. Y es que el hecho que origina la ejecución del aval a primera demanda no es propiamente el incumplimiento del deudor, sino la mera notificación de este incumplimiento al garante por el beneficiario de la garantía.

Es precisamente esta nota de independencia o autonomía lo que permite distinguir los avales a primera demanda de lo que podemos denominar garantías clásicas, e.g., la fianza, en las que, para que el beneficiario ejecute la garantía, i.e., para que el garante pague, el beneficiario debe acreditar el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor. Nos encontramos así con que, en fase de ejecución y a diferencia de lo que ocurre con las garantías clásicas, la comunicación entre la garantía y el negocio jurídico causal es teóricamente inexistente en el aval a primera demanda.

¿Cuál es la razón de ser de esta incomunicación? El fin pretendido con la figura de los avales a primera demanda es proteger al acreedor frente a las dificultades que le puede acarrear la acreditación del incumplimiento del deudor-avalado o las propias exigencias del avalista (e.g., entidad financiera del avalado). Con la garantía del aval a primera demanda el pago es, en principio, automático, inmediato y efectivo, con el simple requerimiento de una mera notificación.

Se trata, por tanto, de una garantía fuerte cuya nota más característica —su independencia con respecto a la obligación garantizada— se encuentra, sin duda, justificada en aras de la protección del acreedor. Sin embargo, tiene un riesgo evidente: el peligro del abuso de derecho mediante ejecuciones infundadas o fraudulentas. Efectivamente, la utilización abusiva de la figura del aval a primera demanda puede generar situaciones en las que se ejecute la garantía

a pesar del cumplimiento del deudor o de la inexigibilidad del mismo, causando así daños y perjuicios al deudor-avalado.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) reconoció hace tiempo este peligro y adoptó en 1992 las Reglas Uniformes de las Garantías a Demanda (RUGD), que exigen que, a la hora de ejecutar un aval a primera demanda, el beneficiario deba manifestar que efectivamente se ha producido un incumplimiento y describirlo. Como la naturaleza de los avales a primera demanda impide que se le pueda exigir al beneficiario que acredite o pruebe el incumplimiento, se pensó que con el establecimiento de esta exigencia se introducía un obstáculo en el camino de ejecuciones infundadas o fraudulentas, ya que era razonable pensar que un beneficiario sería reticente a la hora de realizar por escrito una manifestación falsa. Iniciativa bien intencionada, sin duda.

Lo que ocurre es que, como se ha apuntado con anterioridad, el peligro que representa el abuso de derecho y la causación de daños al deudor-avalado se transforma en una realidad acuciante en situaciones económico-financieras como la actual, en las cuales la obtención de liquidez es tan complicada que muchas empresas recurren a fórmulas desesperadas. Y ante la necesidad, no resulta tan complicado buscar una manera de manifestar un incumplimiento sin tener que preocuparse de potenciales consecuencias derivadas de la inexactitud o incluso falsedad de dicha manifestación, o al menos, que dichas consecuencias no sean percibidas de forma tan negativa.

La CCI anunció en diciembre de 2009 la adopción de una nueva versión de las RUGD que entrará en vigor el 1 de julio de 2010. De las declaraciones de Georges Affaki (BNP Paribas, Presidente del grupo de trabajo) y de Jean Rozwadowski (Secretario General de la CCI), único material del que se dispone hasta la fecha, no se puede extraer una conclusión clara, más allá de la voluntad de incrementar la certeza del instrumento y de ofrecer un máximo equilibrio

entre las posiciones de las partes, por lo que habrá que esperar a la lectura de la nueva versión para ver si hay cambios significativos en esta materia.

En cualquier caso, vemos que en la ejecución de avales a primera demanda el equilibrio entre los intereses en conflicto es clave: por un lado, la *ratio essendi* de esta figura exige que los acreedores-beneficiarios puedan obtener un rápido cobro en caso de incumplimiento del deudor-avalado; por otro lado, éste debe estar protegido frente a reclamaciones infundadas o fraudulentas. Precisamente frente a este tipo de reclamaciones abusivas cobra especial relevancia la paralización de la ejecución de avales a primera demanda mediante la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*.

3.1.2. Los avales a primera demanda en la jurisprudencia clásica

La naturaleza y carácter del aval a primera demanda ha supuesto, tradicionalmente, que la suspensión cautelar de su ejecución fuera extraordinariamente difícil y que el carácter fraudulento de la ejecución no pudiera hacerse valer hasta un procedimiento posterior, una vez ejecutado el aval. Esencialmente, se consideraban inoponibles a las relaciones entre el garante y el acreedor-beneficiario las vicisitudes habidas entre el deudor-avalado y el acreedor-beneficiario.

La jurisprudencia clásica ponía el acento en la nota de la independencia o autonomía de figura de los avales a primera demanda, considerando que la nota de la accesoriedad propia de las garantías clásicas no operaba en este tipo de avales. Así lo venía entendiendo además gran parte de la doctrina.

Podemos destacar, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1989 (LA LEY 153615-JF/0000), que haciendo referencia a un seguro de caución en garantía de ejecución de un contrato de obra con cláusula a primer requerimiento, estableció

que no estaban ante una fianza, «sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito, [...] siendo la obligación de la Cía de Crédito y Caución de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial». De este modo, entendía el Tribunal Supremo que «lo garantizado ha de entregarse en cuanto se reclame, incumplándose lo pactado de no hacerse así».

Además de reconocer las acciones posteriores al pago, las cuales no tienen ningún tipo de incidencia en fase de ejecución, la jurisprudencia clásica admitía la oposición de la *exceptio doli*, requiriendo que, además de probarla, se adujeran supuestos de extinción de la obligación garantizada por el pleno cumplimiento de la misma u otros de eventual fraude, si bien ello no implicaba que se reconociese la posibilidad de adoptar medidas cautelares prohibiendo la ejecución de un aval a primera demanda u ordenando de paralización de la ejecución ya iniciada, puesto que se consideraban inoponibles las vicisitudes habidas entre el garantizado y el beneficiario a las relaciones entre el garante y el beneficiario.

Según la jurisprudencia clásica, la nota de la accesoriedad de las garantías no sería predicable (al menos no en toda su extensión) a los avales a primera demanda que serían de carácter independiente.

3.2. Modulación de las rigurosas consecuencias derivadas de la naturaleza autónoma del aval a primera demanda: evitación de ejecuciones fraudulentas

3.2.1. Cambio de tendencia jurisprudencial

El Auto apunta hacia un cambio de tendencia de los criterios jurisprudenciales sobre la paralización de ejecuciones de avales a

primera demanda. Aunque se trate de doctrina judicial de instancia, da muestras de que la sustitución de los criterios clásicos por otros que modulen la rigidez de las consecuencias derivadas de la naturaleza y carácter del aval a primera demanda es ya una realidad. Y ello por dos razones: (i) por un lado, la jurisprudencia más reciente apunta, tal y como veremos, hacia una mayor comunicación entre el aval y el negocio jurídico causal que lo motiva; y (ii) por otro lado, el actual contexto económico-financiero, y el aumento de las ejecuciones improcedentes que el mismo conlleva, favorecen un desviamiento de los criterios clásicos hacia otros que permitan compatibilizar la celeridad propia de la ejecución de avales a primera demanda con la protección del principio de la buena fe contractual y la evitación del enriquecimiento injusto.

Como decíamos, el Auto es un claro exponente de una evolución de los criterios jurisprudenciales sobre la ejecución de avales a primera demanda. En este sentido, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (LA LEY 161984/2007), considera que la «jurisprudencia ha modulado las rigurosas consecuencias derivadas del carácter abstracto e independiente del contrato de garantía respecto del negocio jurídico causal».

En la Sentencia citada, el Tribunal Supremo examina la jurisprudencia anterior y concluye que del carácter y naturaleza del aval a primera demanda como garantía del negocio jurídico causal no puede desprenderse una incomunicación total entre éste y aquél, porque, si así fuera, se podrían producir ejecuciones abusivas o fraudulentas. Para evitar este resultado, el Tribunal Supremo reconsidera de forma no explícita la interpretación restrictiva de la jurisprudencia anterior y la rigidez de las consecuencias derivadas de su concepción de la naturaleza y carácter del aval a primera demanda. Veamos cómo.

Hemos visto que la jurisprudencia anterior ponía el acento en el carácter abstracto e independiente del aval a primera demanda.

Esto llevaba a considerar que, dado que el aval a primera demanda carece del elemento de accesoriadad propio de las garantías clásicas, su suerte debía ser independiente de la del negocio jurídico causal y, en consecuencia, los avatares de este último no podían afectar a aquél. Se producía así una incomunicación radical entre el aval y el negocio jurídico causal durante la fase de ejecución. Incomunicación que sólo decaía en una fase posterior, debiendo el deudor-garantizado esperar para ejercitar las acciones oportunas a la finalización del proceso ejecutorio.

Pues bien, el Tribunal Supremo no rompe radicalmente con la jurisprudencia anterior, sino que, haciendo gala de su preferencia por los cambios más matizados y silenciosos, reitera el carácter independiente del aval a primera demanda, pero precisa el criterio para sustentar una cierta comunicación entre ambas frente a la incomunicación radical de la línea anterior. Y lo hace de una manera sutil, ya que sigue considerando válido el requisito esencial para oponer excepciones a la ejecución de un aval a primera demanda: las excepciones deben ser únicamente las derivadas de la propia garantía. Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo considera ahora que entre las mismas deben incluirse a las fundadas en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada. Así, considera que «el aval a primer requerimiento no puede desvincularse en cualquier circunstancia [...] de la obligación garantizada que constituye su objeto», ya que frente a la reclamación del acreedor-beneficiario pueden oponerse «aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada [...], pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli*».

Se trata de un razonamiento novedoso que al reconocer la posibilidad de vincular el contrato de garantía con el negocio jurídico

causal, permite al deudor-avalado y al avalista hacer frente a ejecuciones infundadas o fraudulentas en la fase de ejecución del aval y no únicamente en una fase posterior, cuando el mismo ya ha sido ejecutado.

El Auto se apoya en este razonamiento para superar la jurisprudencia clásica que entendía que el carácter independiente de los avales a primera demanda respecto de la obligación subyacente conlleva que el beneficiario tuviera «*un claro derecho a exigir el pago*», sin perjuicio de las acciones que pudieran surgir como consecuencia del pago de la garantía [vid. STS de 5 de julio de 2002 (LA LEY 7284/2002)]. El deudor-avalado se encontraba indefenso ante ejecuciones infundadas o fraudulentas, ya que, en fase de ejecución del aval se consideraban inoponibles las vicisitudes de la obligación garantizada. Lo que hace el Auto es, siguiendo a la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, considerar como vicisitudes de la propia garantía las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada y, por tanto, modula la rigidez de la incomunicación absoluta entre el aval y la obligación subyacente mediante la prohibición de su ejecución hasta que se resuelva el procedimiento arbitral.

El nuevo criterio posibilita la paralización de un aval a primera demanda cuando está en entredicho la existencia de la obligación principal, tal y como reconoce el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de septiembre de 2008 (LA LEY 212339/2008), en el que también se apoya el Auto objeto del presente comentario. Lo que permite que, en tanto se sustancia el proceso principal, se evite la potencial frustración del fin de dicho proceso, así como posibles abusos de derecho y los daños irreparables que la indebida ejecución puede llevar aparejados. A este respecto, la Audiencia Provincial de Madrid señala en el referido Auto que:

«Cuando la controversia no se suscita entre el garante y el beneficiario sino entre el garantizado y el beneficiario, desplazándose el objeto del proceso a la relación causal inicial entre ambos, no existe

razón legal alguna que impida a las partes ejercitar sin restricciones cuantas acciones tiendan a una declaración judicial sobre la validez y eficacia de dicho negocio o sobre su cumplimiento, según el caso, ni, por tanto, que se solicite, en tanto se sustancia el proceso, que se suspenda la ejecución de un medio de garantía del cumplimiento de una obligación que se haya en entredicho no ya sólo en lo que atañe a su exigibilidad, sino a su propia existencia, a fin de evitar la frustración del fin mismo del litigio».

En definitiva, el criterio moderador de la rigidez de las consecuencias derivadas de la naturaleza autónoma o independiente del aval a primer requerimiento que se desprende de las resoluciones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Madrid señaladas, y que sigue el Auto, posibilita la defensa contra la utilización infundada o abusiva del aval a primera demanda, sin que por ello esta figura jurídica pierda su *ratio essendi*. Y lo hace con base en las exigencias de la buena fe y en la evitación del abuso de derecho que son, tal y como expone el Auto, «las que autorizan la comunicación entre el negocio jurídico subyacente y el negocio de garantía, como excepción a la regla que limita la oponibilidad de las excepciones y alegaciones de defensa a las propias de la garantía, sin que, dada la justificación sobre la que se asienta esa relación, quepa ver en ella la desarticulación misma del negocio y la eliminación de su virtualidad».

Podemos concluir, por tanto, que si bien la regla general es la de la incomunicación entre el aval y la obligación subyacente, hay excepciones fundadas en las exigencias de la buena fe y en la evitación del abuso de derecho. Son precisamente estas excepciones las que permiten reconocer la adecuación de la paralización de ejecuciones infundadas o fraudulentas de avales a primera demanda.

3.3. Idoneidad del razonamiento del Auto: resoluciones en la misma línea

La superación de los criterios clásicos sobre el aval a primera demanda por otros que modulen la rigidez de las consecuencias

derivadas de la naturaleza y carácter autónomo de esta figura, viene reforzada y confirmada por dos recientes precedentes de instancia que han reconocido la posibilidad de paralizar la ejecución de avales a primera demanda. Veámoslos.

3.3.1. Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 70 de Madrid de 3 de marzo de 2009 (Medidas cautelares previas 1988/2009): mitigación del carácter independiente del aval a primera demanda

De esta resolución interesa destacar que, del examen de la jurisprudencia sobre el aval a primera demanda, extrae las mismas consecuencias que el Auto objeto del presente comentario. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia núm. 70 de Madrid entiende que la jurisprudencia ha venido mitigando la inicial rigidez en la oponibilidad de excepciones en fase de ejecución en aras de la buena fe contractual y a fin de evitar un enriquecimiento injusto.

3.3.2. Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid de 2 de septiembre de 2009 (Medidas cautelares 1690/2009), confirmado tras la oposición del demandado-acreedor mediante Auto de 9 de diciembre de 2009: estimación de solicitud de paralización de ejecución de aval a primera demanda

En el supuesto del Auto mencionado en el título de este apartado, se trata una solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* que se enmarca, al igual que la del Auto, en un procedimiento arbitral, y por medio de la cual la demandada solicita que (i) se ordene la paralización de la ejecución de un aval, (ii) se decrete el embargo preventivo de la cantidad avalada que la entidad bancaria debía entregar a la demandada como consecuencia de la ejecución del aval, y (iii) que se requiera a la entidad bancaria que proporcione información sobre la situación de la ejecución del aval.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid consideró que «de ejecutarse el aval se comprometería seriamente el posterior

cumplimiento del laudo hipotéticamente estimatorio» y que «la medida solicitada por la parte actora es una medida claramente tendente a evitar una situación que impidiera o dificultare la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual laudo arbitral estimatorio». El Juzgado llega a esta conclusión al considerar que la ejecución promovida no se corresponde con el objeto del aval, que se concretaba en garantizar el contrato de construcción de una planta industrial.

De este modo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid estima la paralización de la ejecución del aval solicitada sobre la base de la inconexión entre la ejecución solicitada y el objeto del aval, exceptuando así la regla general de la incomunicación entre el contrato de garantía y el negocio jurídico subyacente. El mencionado Juzgado, mediante Auto de 9 de diciembre de 2009, desestimó la oposición formulada por la demandada, manteniendo las medidas cautelares acordadas e imponiendo las costas a la compradora-demandada.

Los criterios de doctrina jurisprudencial de instancia que ponen de manifiesto los anteriores precedentes refuerzan la idoneidad de los razonamientos del Auto y soportan la tesis defendida en el presente comentario sobre la superación de los criterios jurisprudenciales clásicos sobre la paralización de avales a primera demanda.

3.4. Encaje de la paralización de avales a primera demanda mediante la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte*. Requisitos para su adopción

La paralización de la ejecución de avales es una medida cautelar que, si bien no está expresamente contemplada en la LEC, cumple los requisitos establecidos por el art. 726 LEC. Por otro lado, el art. 727 LEC no establece una lista cerrada de medidas cautelares que puedan adoptarse, sino que realiza una enumeración de carácter meramente enunciativo. Con independencia de lo anterior, la orden

de paralizar la ejecución de un aval tiene cabida en el art. 727.7.ª LEC, a cuyo tenor:

«Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

7.ª La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo».

Del *verbatim* del precepto se desprende claramente que es posible solicitar en sede cautelar tanto la prohibición de ejecutar un aval a primera demanda, como la orden de paralización de la ejecución ya iniciada.

En el supuesto de hecho del Auto, las medidas cautelares solicitadas tenían como propósito prohibir temporalmente a la compradora (o paralizar) la ejecución total o parcial del aval a primer requerimiento hasta que se emitiera un laudo arbitral que resolviese la procedencia de la resolución contractual y, por extensión, de la ejecución del aval. Esto es: la adopción de dichas medidas cautelares no implicaba una imposibilidad permanente de ejecutar el aval a primera demanda, sino simplemente una paralización temporal de la posibilidad de ejecutarlo hasta que se decidiera si era o no procedente. Con ello se trataba de impedir el uso abusivo de los derechos que traía consigo la ejecución del aval a primer requerimiento, pero no privaba de esos derechos válidamente acordados por las partes.

Vemos, por tanto, que la medida cautelar solicitada y otorgada tiene perfecta cabida en nuestro ordenamiento. En efecto, la jurisprudencia cuenta ya con varios precedentes que expresamente consideran que la paralización de la ejecución de un aval es una medida cautelar perfectamente admisible. Así, la Audiencia Provincial de Castellón en su Auto de 12 febrero 2004 (LA LEY 38148/2004)

aceptó la posibilidad de solicitar como medida cautelar el requerimiento al beneficiario del aval para que se abstuviera de ejecutarlo, y al garante para que se abstuviera de pagarlo. Concretamente, la Audiencia Provincial de Castellón estableció que:

«Es claro que de conformidad con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil han desaparecido las restricciones de la antigua ley respecto a la adopción de medidas cautelares que de hecho impedían en la mayoría de los casos pudieran adoptarse un embargo preventivo del crédito del beneficiario o una medida de prohibición de pago, y hoy dicha posibilidad existe, siempre que resulte una medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia [...], tampoco existe *ninguna restricción en dictar órdenes o prohibiciones que tengan por objeto impedir que el demandado lleve a cabo una determinada conducta* (726.2 y 727.7.ª y 11.º), es decir, que con la nueva LEC se permite solicitar la medida cautelar que se estime más adecuada a las circunstancias del caso, viniendo a establecer los presupuestos que en cada caso deben concurrir para que la medida cautelar pueda ser otorgada» (la cursiva es nuestra).

Asimismo, la Audiencia Provincial de Valencia se ha pronunciado en idénticos términos en su Sentencia de 1 abril 2004 (LA LEY 80520/2004):

«La naturaleza del aval a primer requerimiento permite *concluir* —con arreglo a las resoluciones judiciales que cita— *la admisibilidad de la suspensión de la ejecución del aval como medida cautelar, en términos generales*» (la cursiva es nuestra).

Naturalmente, la tutela judicial, incluso la cautelar, se interpreta por la jurisprudencia en un sentido lo suficientemente amplio como para permitir la adopción de unas medidas como las solicitadas y otorgadas, con independencia del carácter abstracto de la garantía a primer requerimiento; a saber:

«[...] *en modo alguno sería admisible concluir que en aras de esa abstracción, esa falta de accesoriedad, de la autonomía de las tres*

relaciones jurídicas que se producen en el seno de una garantía a primer requerimiento, *fuese admisible concluir que es posible un espacio inmune a la tutela judicial, aunque sea cautelar*. Es difícil asumir la conclusión de que no sería aceptable la medida cautelar de prohibir a las beneficiarias ejecutar las garantías, como medida instrumental y necesaria para asegurar la efectividad de la condena impetrada de devolver los avales emitidos por la garante» [Auto AP Zaragoza de 5 abril 2001 (LA LEY 73429/2001)] (la cursiva es nuestra).

El encaje de la paralización de avales a primera demanda mediante la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte* puede parecer una obviedad, pero no está de más enfatizarlo a la vista de los pocos precedentes existentes. Una vez encajada la figura, pasamos a analizar los requisitos necesarios para la adopción de este tipo de medidas cautelares, a tenor del Auto y los demás precedentes encontrados.

En primer lugar, en las medidas cautelares consistentes en la suspensión de ejecución de avales, la apariencia de buen derecho supone acreditar de manera indiciaria que la solicitante de las medidas ha cumplido con sus obligaciones garantizadas a través del aval. Importa destacar que la apariencia de buen derecho que es exigible que pruebe la solicitante de la paralización, debe entenderse reducida al cumplimiento básico del negocio jurídico causal, ya que entrar en un análisis pormenorizado del cumplimiento de los requisitos de la obligación garantizada sería tanto como resolver el conflicto de fondo planteado entre las partes. El Juzgado debería limitarse, por tanto, a valorar si existen indicios del cumplimiento del negocio jurídico causal.

En segundo lugar, para probar la existencia de *periculum in mora* o peligro por la mora procesal, como regla general, sería suficiente con acreditar el riesgo de que una ejecución infundada o fraudulenta tenga como consecuencia, salvo que el Juzgado competente dicte urgentemente una resolución otorgando las medidas cautelares, que el garante pague al beneficiario y que, en consecuencia, lo

que debía decidirse en sede del conflicto de fondo planteado entre las partes quedase desvirtuado.

Además, cuando las circunstancias del caso así lo permitan, se puede acreditar el *periculum in mora* sobre la base de la situación económica del beneficiario, bien porque sea de insolvencia o porque no sea posible conocerla (e.g., al no haber aportado sus cuentas anuales). Se trata, en definitiva, de demostrar la dificultad de que el ejecutante restituya el importe del aval una vez ejecutado éste, i.e., acreditar que no existe garantía de liquidez del beneficiario. Asimismo, en otras ocasiones será conveniente poner de manifiesto que la ejecución indebida del aval a primera demanda irrogará daños reputacionales irreparables al deudor avalado. **Efectivamente, la ejecución puede dar al avalado la apariencia de un deudor incumplidor, lo cual puede afectar a su financiación, e incluso al valor de la propia entidad, que tendrá especial relevancia en el caso de sociedades cotizadas.**

Finalmente, para cumplir el requisito del ofrecimiento y la prestación de caución, sería suficiente aportar caución por importe del interés legal que devengue el importe del aval durante el tiempo estimado de duración del procedimiento. Ahora bien, la caución puede corresponder a conceptos distintos del interés legal, si el ejecutante del aval demuestra que los daños que sufrirá de no ejecutarse el aval serán superiores o distintos.

Es necesario hacer referencia a que, en algunos supuestos, se ha llegado a exigir que, por un lado, el garante realice un depósito judicial por el importe del aval; y por el otro, se otorgue por el garantizado una caución del mismo importe del aval. En consecuencia, la adopción de la medida cautelar puede resultar excesivamente gravosa.

En definitiva, la cuantía de la caución deberá determinarse caso por caso. Importa destacar el papel de la caución como mecanismo para evitar, en lo posible, que se paralice la ejecución de avales a primer requerimiento de manera temeraria.

4. CONCLUSIÓN

El Auto objeto del presente comentario merece destacarse porque pone de relieve un cambio de tendencia, un cambio de actitud si se quiere, de nuestros Tribunales a la hora de enfrentarse a procedimientos de ejecución de avales a primera demanda. Antes se planteaban estas ejecuciones como procedimientos sencillos que, debido al carácter y naturaleza no accesoria de la figura jurídica del aval a primer requerimiento, no tenían mucha complejidad. Los avales se ejecutaban por tanto cuando así lo solicitaba el acreedor-beneficiario sin que el avalista o el deudor-avalado pudieran oponer excepción alguna. Pero la nueva tendencia jurisprudencia reconoce que no se trata de procedimientos tan sencillos, al resultar necesario ponderar los efectos de solicitudes de ejecución infundadas o fraudulentas.

Esto no quiere decir que, por su propia naturaleza, los avales a primera demanda no estén llamados a ejecutarse de manera rápida y sencilla tras la notificación del acreedor-beneficiario al avalista. Lo que quiere decir es que el avalista y, sobre todo, el deudor-avalado pueden defenderse frente a ejecuciones abusivas solicitando una tutela cautelar en tanto se resuelve el procedimiento principal.

Es más que probable que la tendencia, actitud y criterio que refleja la doctrina judicial de instancia examinada en el presente comentario sea confirmada por la jurisprudencia de instancias superiores en la medida en que deriva de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de los avales a primera demanda, que permite hacer frente al abuso de derecho, el enriquecimiento injusto y la causación de daños muchas veces irreparables que comportan las ejecuciones infundadas o fraudulentas de este tipo de garantías. Todo ello sin perjudicar en lo más mínimo a la *ratio essendi* de la figura del aval a primera demanda. En efecto, la regla general seguirá siendo la ejecución inmediata, si bien los Tribunales podrán paralizar las ejecuciones cuando entiendan que hay indicios suficientes para entender que son infundadas o fraudulentas.