

**Auto acordando la suspensión de la ejecutabilidad de los avales otorgados a primer requerimiento tras la estimación de la medida cautelar adoptada inaudita parte.**

**Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo, de 16 de abril de 2013.**

Francisco GARCIA ORTELLS.

*Abogado, Doctor en Derecho  
y Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*

## **RESUMEN.**

Este comentario tiene por objeto el análisis del Auto dictado, el 16 de abril de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo declarando, tras la adopción de la medida cautelar *inaudita* parte, la suspensión de la ejecutabilidad de los avales a primer requerimiento otorgados por una entidad financiera a favor de la mercantil instante de la cautelar y actora del procedimiento ordinario, frente a la mercantil demandada; cautelar –huelga decirlo- adoptada sin previa audiencia a ésta.

Se considera oportuno manifestar, aunque se explicará en el cuerpo de este artículo, que la cautelar fue solicitada junto con el escrito de demanda que, entre otros extremos, suplicaba al Juzgado que tras declarar incumplido el contrato por la demandada, lo declarase resuelto y, sin perjuicio de otros extremos, ordenase a ésta, consecuencia de la resolución, a la devolución de los avales otorgados por la entidad financiera.

## **ABSTRACT**

This article aims to analyze the Court Order issued by the Court of First Instance of Toledo nº 3 on April 16, 2013, stating, after the adoption of the precautionary measure *inaudita parte*, the deferment of the enforceability of the guarantees payable on first demand granted by a financial institution in favor of the commercial entity, which sought the aforementioned precautionary measure and plaintiff in the ordinary proceeding against the defendant commercial entity adopted without previous hearing.

It is considerable to state, although it will be explained throughout this article, that the precautionary measure was sought along with the lawsuit, inter alia, pleading the Court, after declaring the breach of contract by the defendant, its resolution, and thus ordered, notwithstanding inter alia, the reimbursement of the guarantees granted by the financial institution.

## I.- HECHOS

### 1.- Breve referencia al contrato de obra suscrito (entre promotor y constructor) y a la demanda planteada ante el incumplimiento del mismo por parte de la propiedad.

Con carácter introductorio y, en consecuencia, antes de analizar los efectos de la medida cautelar a la que se refiere este artículo, se considera oportuno hacer una sucinta referencia al supuesto de hecho que generó que la mercantil solicitante de la cautelar *inaudita* parte, iniciara un procedimiento judicial que junto a la demanda “instara” (ex art. 730 LEC) la adopción de la cautelar a la que se refiere este escrito.

El 26 de diciembre de 2006, la demandante (y peticionaria de la cautelar) suscribió –en calidad de constructora- un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales con la promotora, mercantil que figura como demandada en el proceso judicial y “receptora” de la cautelar a la que se refiere este documento.

Dada la importancia que tiene el contrato de obra (y su incumplimiento por parte del promotor) respecto de la cautelar a la que se refiere este escrito, se considera oportuno destacar las principales características del referido contrato; en concreto, el objeto, el plazo, el precio y las garantías del citado contrato.

Respecto de su objeto y plazo, se trataba, como se ha dicho, de un contrato de obra con suministro de materiales consistente en la ejecución de una urbanización en el plazo de 14 meses. En lo que al precio se refiere éste se fijó en la cantidad de 22.159.257, 87 € (sin IVA), sin perjuicio del *ius variandi* que el contrato permitía al promotor; derecho que implica, como es sabido, que la modificación del proyecto/contrato altere, al alza o a la baja, el precio inicialmente pactado.

En lo que a las garantías del contrato se refiere, la constructora, para responder de las obligaciones dimanantes de éste, entregaba a la propiedad por cada certificación de obra, aval a primer requerimiento –otorgado por una entidad financiera- por el 5% del importe de cada certificación; título a entregar contra el abono de la obra certificada cada mensualidad. Finalizada la obra y tras la recepción definitiva (y sin reservas) de la misma, el promotor restituiría a la contratista la cantidad avalada mediante la entrega de los indicados avales.

No obstante el buen inicio y desarrollo de la obra, ésta, durante su fase final, sufrió por causas imputables a la propiedad, una serie de incidencias que hicieron que la constructora declarase incumplido el contrato y en consecuencia resuelto.

En coherencia con lo expuesto, se planteó demanda suplicando al Juzgado que condenase a la promotora a “pasar” por lo anterior (incumplimiento y resolución contractual), así como a abonar los daños y perjuicios derivados del citado

incumplimiento y a la devolución de los avales percibidos por las certificaciones abonadas. Se debe recordar para lo que se dirá al abordar la cautelar solicitada que, como se ha expresado, se trata de avales otorgados a primer requerimiento.

*Grosso modo*, pues no son la finalidad de este escrito pero es preciso mencionarlos para entender el porqué de la cautelar solicitada, se hará una sucinta referencia a los incumplimientos contractuales que dieron lugar a que la constructora demandara a la propiedad pidiendo, entre otros extremos, la restitución de los citados avales.

Los incumplimientos de la promotora que generaron que el contratista planteara la demanda fueron, i) las reiteradas suspensiones y paralizaciones de la obra (por plazo superior a 6 meses) generadas por causas imputables a la propiedad, ii) las múltiples modificaciones del proyecto que el constructor –a petición expresa del propietario– realizó sin la correspondiente contraprestación económica y iii) el impago de tres certificaciones de obra que generó, sin perjuicio de lo anterior, que el contratista suspendiera, por la falta de pago y con plena cobertura contractual, la realización de los trabajos.

Los referidos incumplimientos contractuales (especialmente el impago de las certificaciones y el de las modificaciones de proyecto no abonadas) obligaron al constructor a declarar resuelto el contrato, iniciando, como se ha manifestado, la acción judicial consistente en que el Juzgado declarase, i) incumplido el contrato, ii) en consecuencia resuelto, iii) condenase al abono de los daños y perjuicios sufridos y iv) a la devolución de los avales entregados en garantía del correcto cumplimiento del contrato.

## **2.- La medida cautelar solicitada.**

Como se ha indicado con anterioridad, la constructora quedaba obligada a garantizar el correcto cumplimiento del contrato mediante la entrega al promotor del 5% del importe de cada una de las certificaciones abonadas; cantidad que venía garantizada mediante la entrega de los referidos avales.

Si bien, tras el incumplimiento del promotor de sus obligaciones contractuales el contratista planteó, como se ha manifestado, demanda judicial reclamando, entre otros extremos y como se ha indicado, la devolución de los avales entregados.

Figurando, no obstante, en el *petitum* de la demanda la restitución de los referidos títulos, el contratista se “vio obligado” para -durante el desarrollo del proceso- suspender la ejecutabilidad de los indicados documentos bancarios (y evitar, de darse el caso, que el promotor requiriera del Banco su ejecución) a solicitar del Juzgado la

adopción de la cautelar *inaudita parte* consistente, como se ha dicho, en suspender la ejecutabilidad de los mismos hasta que se dictase sentencia sobre el fondo del asunto.

Resulta evidente, aunque se insistirá en ello, que la no suspensión de la ejecutabilidad de los avales mediante la adopción de la cautelar solicitada, podría privar al demandante de la efectividad de la eventual sentencia de condena que se dictase, en concreto de la restitución de los indicados títulos.

No obstante lo expuesto, antes de argumentar la cobertura jurídico-fáctica que permite la petición de la indicada cautelar, se considera oportuno hacer una breve mención a la concurrencia de los requisitos que permiten la adopción de la cautelar solicitada.

### 2.1 Breve referencia al *fumus bonis iuris*.

Es notorio que el artículo 728.2 LEC exige como requisito fundamental para la adopción de las medidas cautelares que el solicitante acredite –provisional e indiciariamente- un juicio favorable al fundamento de su pretensión; es decir, acredite la apariencia de buen derecho.

Aun cuando no forme parte del contenido esencial de este artículo, de lo expuesto en el mismo y de lo que obra en el procedimiento judicial se desprende que el contratista ha cumplido estrictamente las obligaciones emanadas del contrato de obra al que se refiere este escrito. La prueba del riguroso cumplimiento contractual del constructor se desprende, *sensu contrario*, que tras la resolución contractual de éste (y antes de iniciar el proceso judicial) el promotor no manifestó rechazo alguno.

No obstante lo expuesto, se entiende (como se argumentará) que no es preciso que el juzgador entre a valorar sobre el fondo del asunto (cumplimiento/incumplimiento contractual), para adoptar la medida cautelar *inaudita parte*.

En este sentido, sobre el que más adelante se volverá, se expresan, entre otros autores, MONTERO MURIEL y BEDOLLA FLORES, en su artículo “*Paralización de ejecuciones de avales a primera demanda mediante la solicitud de medida cautelar 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*”, Editorial La Ley, pág. 873

### 2.2 Breve referencia al *periculum in mora*.

Por todos es conocido que el artículo 728.1 LEC exige, para que se adopte la medida cautelar solicitada, que se acredite (junto al anterior requisito) la existencia del peligro de demora en el sentido que, acreditado éste, resulte imposible o difícil garantizar la

tutela judicial solicitada; en este caso, la eventual sentencia de condena a la devolución de los avales.

En el caso que se analiza se ha acreditado, mediante el estudio de las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, que la promotora se encuentra en situación de “cuasi insolvencia”, no disponiendo cuando se presentaron demanda y cautelares de recursos económicos para hacer frente, siquiera, al importe al que ascienden los avales entregados por el contratista.

Del indicado análisis económico resulta evidente que si el promotor ejecutase los avales cuya suspensión se solicita, éste no podría, de estimarse la demanda, restituir el importe de los indicados documentos bancarios; de ahí, la petición de la cautelar consistente en que se acuerde la suspensión de la ejecutabilidad de los avales, hasta que se resuelva –en el procedimiento principal- la procedencia (o no) de la devolución de éstos; es decir, que el Juzgado declare, tras resolver sobre el fondo del asunto, si el promotor ha incumplido (o no) el contrato y, en consecuencia, procede (o no) la restitución de los citados títulos.

“Avalando” la cautelar solicitada, se debe recordar que la jurisprudencia ha considerado acreditado el requisito del *periculum in mora* en casos en que, como el presente, la solvencia de la demandada es muy limitada o escasa y, en consecuencia, resultaría dificultoso que, como es el caso, la propiedad pudiera restituir el importe de los avales una vez fueran ejecutados.

En esta línea se expresan, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) de 15 de diciembre de 2004 (JUR 2005/147228) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 21 de junio de 2007 (JUR 2007/320571).

### 2.3 Breve referencia a la proporcionalidad de la medida cautelar acordada y a la necesidad de prestar caución.

El artículo 726.1 LEC se refiere, como es sabido, a las características de las medidas cautelares y al principio de proporcionalidad de las mismas en el sentido, i) que han de ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso y ii) que no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Resulta evidente que la cautelar solicitada por la constructora se podría denominar, por la ausencia de agresividad, una medida meramente conservativa pues se trata de la suspensión de la ejecutabilidad de los avales otorgados a primer requerimiento.

En nuestra opinión, se trata de la única medida que puede garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Resulta evidente que para garantizar el cobro de los avales –dada la situación económica del demandado- la solución jurídica más conveniente, menos agresiva y, en consecuencia, más acorde a Derecho es la suspensión de la ejecutabilidad de los avales.

Por otro lado y para concluir con los requisitos que han de cumplirse para que se acuerde la adopción de una cautelar, es preciso que, una vez acordada, se preste caución (ex art. 728.3 LEC) para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

#### 2.4 La medida cautelar inaudita parte solicitada.

Se puede afirmar que la suspensión de la ejecutabilidad de los avales otorgados a primer requerimiento es una de las medidas cautelares previstas en el artículo 727.7 LEC: *“La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse 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”*.

La medida cautelar que se trata en este documento ha sido admitida, como se razonará más adelante, por reiterada Jurisprudencia. Entre otros, por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de 17 de septiembre de 2008 (JUR 2009/28808), por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de 25 de noviembre de 2010 (JUR 2011/54820), por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 23 de marzo de 2011 y por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 23 de enero de 2012 (JUR 2012/96015).

Todos ellos concluyen en adoptar como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad de un aval a primer requerimiento.

Aun cuando el motivo jurídico/procesal por el que se solicita que la cautelar se adopte *inaudita* parte resulta evidente (y en parte se ha demostrado), se considera necesario recordar (pues ya se ha acreditado) que de tramitarse la cautelar a través del procedimiento “ordinario” (previa audiencia al demandado), se podría incurrir en el elevado riesgo que tras el traslado de la petición (o audiencia) al demandado, éste ejecute los avales antes de oponerse a la cautelar y, en consecuencia, antes de celebrarse la vista en la que se dirima la conveniencia o no de su adopción.

Resulta acorde a Derecho, en nuestra opinión, la procedencia de suspender la ejecutabilidad de los avales hasta que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

Por otro lado resulta evidente, aunque se insistirá en ello, que la no suspensión de la ejecutabilidad de los avales mediante la adopción de la cautelar solicitada, podría



privar al demandante de la efectividad de la eventual sentencia de condena que se dictase; esto es, de la resolución judicial que, tras declarar incumplido y resuelto el contrato, condenase, entre otros extremos, a la demandada a la restitución de los citados títulos bancarios.

## **II.- RESOLUCION JURIDICA.**

La petición de adopción de la medida cautelar *inaudita* parte solicitada por el constructor fue, como se ha dicho, tramitada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo que dictó Auto acordando la suspensión de los avales a primer requerimiento otorgados por la entidad financiera.

El Auto tras considerar acreditado, por la documentación aportada por el contratista, que de no adoptarse las medidas solicitadas se podrían producir situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela judicial que se pretende (consistente principalmente en la devolución de los avales entregados por la constructora) acordó adoptar la cautelar solicitada, sin prejuzgar el fondo del asunto, de conformidad con lo prevenido en el artículo 728 LEC en concordancia con el 733 del mismo cuerpo legal.

La referida resolución judicial, a lo largo de su *obiter dicta*, establece que existen dos posturas doctrinales (que se analizarán en el siguiente apartado) sobre la posibilidad de acordar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de los avales a primer requerimiento. Una defiende que no resulta procedente al desnaturalizarse la naturaleza autónoma e independiente del aval respecto de la obligación garantizada, mientras que la segunda acepta su procedencia, cuando, como es el caso, el litigio enfrenta al garantizado y al beneficiario.

Sentando lo anterior, continua el Auto afirmando que, i) la apariencia de buen derecho resulta de la documentación aportada que acredita *–prima facie–* el estricto cumplimiento contractual del contratista, ii) resultando respecto del *periculum in mora*, que éste queda acreditado por la documentación contable de la que se desprende la “cuasi insolvencia” del promotor y iii) argumentando, en último lugar, las razones de urgencia que hacen razonable suponer que la audiencia previa al demandado pudiera comprometer el buen fin de la medida solicitada, acordando que procede adoptar la medida cautelar solicitada, en virtud de lo prevenido en el artículo 733.2 LEC.

En coherencia con lo anterior y para garantizar la eventual sentencia de condena que pudiera dictarse, el Auto acuerda suspender la ejecutabilidad de los avales hasta que, resuelto el fondo del asunto, dicte resolución declarando (o no) incumplido el contrato

por parte del promotor, ordenando a la demandada, de estimarse la demanda, entre otros puntos, la restitución de los citados títulos bancarios.

Con la indicada resolución, el Juzgado ha garantizado al constructor (como se razonará al comentar la resolución) la tutela judicial que pudiera otorgarse -en la eventual sentencia de condena- al acordar la cautelar *inaudita* parte, evitando (durante la pendency del proceso bien cautelar, bien ordinario) que el demandado ejecutase los referidos avales, privando al constructor de la referida tutela judicial mediante la devolución de los indicados documentos bancarios.

### **III.- COMENTARIO.**

#### **1.- Introducción.**

El Auto que en este artículo se analiza establece, a lo largo de su *obiter dicta*, que existen dos posturas jurisprudenciales sobre la posibilidad de acordar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de los avales a primer requerimiento.

En concreto, la primera defiende que no resulta procedente al desnaturalizarse la naturaleza autónoma e independiente del aval respecto de la obligación garantizada, aceptando la segunda su procedencia, cuando, como es el caso, el litigio enfrenta al garantizado y al beneficiario.

Consecuencia de esta discrepancia jurisprudencial se considera oportuno hacer una breve referencia al aval a primer requerimiento y a su naturaleza jurídica, para, seguidamente, argumentar la precisión jurídica del referido Auto. Reflexión que se hace para analizar el rigor, en nuestra opinión, de la resolución judicial que se aborda en este documento.

#### **2.- El aval a primer requerimiento y su naturaleza jurídica.**

Aun cuando el aval a primer requerimiento es una figura jurídica que no se encuentra regulada expresamente en nuestro ordenamiento, sus perfiles han sido diseñados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En concreto, la STS de 4 de diciembre de 2009 define el aval a primer requerimiento de la siguiente manera: *“como una modalidad especial de garantía de los derechos de crédito, de naturaleza personal y atípica, aunque con pleno reconocimiento con base al principio de autonomía de la voluntad...Se caracteriza por su autonomía e independencia –no accesoriedad, que la diferencia de la fianza- de la obligación garantizada y del contrato inicial, de modo que su nota más característica es que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma”*.

La citada sentencia, insistiendo en las descritas características, sostiene que las únicas razones oponibles por el banco garante, ante el beneficiario del aval, son las contenidas en el propio documento o, en casos excepcionales, la denominada *exceptio doli*.

Por otro lado, pero en la misma línea, el Profesor CARRASCO PERERA, afirma, respecto del aval a primer requerimiento, *“que ha de tenerse presente y claro que el garante incumple sin más su obligación cuando deja de pagar a primer requerimiento, si están cumplidas las condiciones documentales de la garantía”*

En la línea “marcada” por la indicada Sentencia del Tribunal Supremo, se expresa la Sentencia dictada por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 24 de mayo de 2011, al sostener que el aval a primer requerimiento es un negocio jurídico autónomo, abstracto y no causal.

No obstante, la indicada sentencia insistiendo en el carácter autónomo, abstracto y no causal del aval a primer requerimiento, insiste y resalta (por no decir consagra) el principio de relatividad de los contratos (ex art. 1257 CC), ya que las partes en el aval a primer requerimiento son –exclusivamente y por definición– el garante y el beneficiario, consecuencia de esta modalidad atípica de aval.

Se debe destacar, para lo que más adelante se dirá, que la expresa referencia que la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid hace al principio de la relatividad de los contratos, permite combinar, i) la naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento en lo que a la relación *inter partes* se refiere (garante-beneficiario) y la “tangibilidad/intangibilidad” del mismo, con ii) la “desvinculación”, acorde a Derecho, de la indicada naturaleza jurídica cuando la “vida” del aval y sus consecuencias jurídicas se circunscriben “al juego” que, como es el caso, existe entre el garantizado y el beneficiario, que no entre el garante y el beneficiario.

Principio de relatividad que, como se ha manifestado, se debe tomar muy en consideración para ponderar (y valorar) el rigor del Auto que se analiza en este documento.

### **3.- Comentario del Auto que acuerda la suspensión de la ejecutabilidad del aval a primer requerimiento.**

#### **3.1 La independencia jurídica del contrato de aval respecto del contrato de obra y, en consecuencia, de las relaciones jurídico-contractuales entre el garante y el beneficiario y el garantizado y el beneficiario.**

En consonancia con lo indicado en el apartado anterior, se considera oportuno recordar que la medida cautelar adoptada sobre el aval fue solicitada por el

garantizado (la constructora) frente al beneficiario del mismo (la promotora), de ahí que, como se razonará, la naturaleza jurídica del documento bancario en concordancia con el principio de relatividad de los contratos, permite, en coherencia con la jurisprudencia que se citará, afirmar que el Auto que aquí se analiza ha respetado la teleología (y la naturaleza jurídica) del aval a primer requerimiento, a pesar de acordar la suspensión de la ejecutabilidad del mismo, dado que, como se ha dicho, se refiere a la relación causal que vincula al garantizado con el beneficiario del aval.

Como se ha “apuntado” (y se razonará más adelante) nos encontramos ante dos relaciones jurídico-contractuales distintas y, en consecuencia, autónomas e independientes. La primera la que se refiere propiamente al aval y le otorga ese carácter autónomo, abstracto y no causal (relación garante y beneficiario del mismo); la segunda la referida a la relación contractual existente entre el garantizado y el beneficiario; en nuestro caso, el contrato de ejecución de obra.

Se debe insistir para analizar el Auto con la profundidad requerida, que los avales fueron otorgados por la entidad financiera al constructor para garantizarle al promotor “el buen fin del contrato de obra” suscrito con el contratista; contrato que al ser incumplido por el beneficiario del aval, obligó al constructor a declararlo incumplido, en consecuencia resuelto y a iniciar la acción judicial que entre otros extremos solicitaba la devolución de los referidos avales, “amén” de la cautelar que en este escrito se analiza.

Queda, en nuestra opinión, acreditado (así lo destaca el Auto) que la cautelar solicitada afecta al contrato suscrito entre el garantizado por el aval y el beneficiario del mismo, de ahí que la indicada cautelar –respetando el principio de relatividad de los contratos– en modo alguno conculca la naturaleza jurídica de este título bancario y, en consecuencia, es acorde a Derecho.

Respaldando el indicado argumento jurídico; es decir, la suspensión de la ejecutabilidad de los avales a primer requerimiento, cuando ésta se insta consecuencia del “juego” contractual existente entre el garantizado por el aval y el beneficiario de éste; esto es, al margen de la relación contractual existente entre el garante y el beneficiario (ex art. 1257 CC), se han manifestado distintos Autos, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de 17 de septiembre de 2008 (JUR 2009/28808), el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de 25 de noviembre de 2010 (JUR 2011/54820), el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 23 de marzo de 2011 y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 23 de enero de 2012 (JUR 2012/96015).

En todos estos Autos se razona, se concuerda y “se casa” i) la naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento (su carácter autónomo, abstracto y no causal), ii) el

principio de relatividad de los contratos y iii) en consecuencia, la admisibilidad de suspender la ejecutabilidad del aval cuando la controversia o disputa se produce entre el garantizado y el beneficiario.

De ahí que, al ceñirse el objeto del proceso judicial a la relación contractual existente entre ambos (constructor y promotor, o, garantizado y beneficiario) no existe obstáculo legal que impida al demandante no sólo solicitar la declaración de incumplimiento contractual, sino también, como es el caso, solicitar cualquier medida cautelar tendente a garantizar la efectividad de la tutela judicial que se pretende obtener, incluida la suspensión de la ejecutabilidad de los contratos.

En el procedimiento judicial al que se refiere este escrito, como se ha dicho, el *petitum* (en parte) solicita la devolución de los avales entregados por el constructor al promotor, habiéndose pedido como cautelar (al amparo de lo razonado) la suspensión de la ejecutabilidad de los avales para con ésta garantizar, durante la pendencia del proceso, la eventual sentencia de condena a la restitución de los mismos.

Permítasenos para avalar nuestra posición jurídica, reproducir (sucintamente) el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 23 de enero de 2012 (JUR 2012/96015) que establece lo siguiente: *“...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, entre tanto se sustancia el proceso, que se suspenda la ejecución de un medio de garantía del cumplimiento de una obligación que se halla en entredicho no ya solo en lo que atañe a su exigibilidad sino a su propia existencia, a fin de evitar la frustración del fin mismo del litigio principal...”*

Como se ha razonado y acreditado con la mencionada jurisprudencia, cuando el litigio no versa sobre el aval sino sobre el contrato “del que nace”, cuyo cumplimiento se va a decidir en un proceso judicial; esto es si el promotor ha cumplido o no el contrato, no existe impedimento alguno en que se solicite como medida cautelar que la demandada se abstenga de la ejecución del aval prestado en garantía de las obligaciones discutidas.

Suspensión, por otro lado, que no surge de una excepción del garante sino de una resolución judicial fundada en Derecho.

### 3.2 El cumplimiento de los restantes requisitos que avalan la cautelar adoptada.

La congruencia (y honestidad) jurídica del Auto al acordar la suspensión de la ejecutabilidad de los avales a primer requerimiento no sólo queda “respaldada” por lo argumentado en el apartado anterior, sino también por el estricto cumplimiento de los requisitos procesales que se razonaran en este apartado.

Respecto de la apariencia de buen derecho, el Auto, con buen criterio, entiende que ésta ha quedado demostrada al acreditar que el constructor ha dado estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales asumidas ante el promotor, de ahí que, en consecuencia, haya apreciado la concurrencia de este requisito para, junto a los restantes, adoptar la cautelar acordada.

Como se dijo con anterioridad haciendo alusión al artículo publicado (y antes mencionado) por MONTERO MURIEL y BEDOLLA FLORES, en las medidas cautelares consistentes en la suspensión de la ejecución de avales a primer requerimiento, la apariencia de buen derecho supone acreditar de manera indiciaria que el solicitante de las medidas ha cumplido con las obligaciones garantizadas a través del aval.

En lo que al *periculum in mora* se refiere, el Auto aquí analizado considera que este requisito queda acreditado mediante el estudio (y las consecuencias que del mismo se desprenden) de las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, que demuestran que el promotor se encuentra en situación de “cuasi insolvencia”. Resulta evidente, así lo razona el Auto partiendo del indicado análisis económico, que si la propiedad ejecutase los avales cuya suspensión se solicita ésta (la promotora) no podría de estimarse la demanda restituir el importe de los indicados documentos bancarios.

En consonancia con lo anterior y con lo prevenido en el artículo 728.1 LEC, resulta acorde a Derecho el Auto en el sentido que, ante la evidente falta de recursos económicos de la promotora, si la cautelar “pedida” no se hubiera otorgado y el promotor hubiera ejecutado los avales, hubiera devenido imposible, de estimarse la condena a la devolución de los mismos, garantizar la tutela judicial solicitada.

En coherencia con lo anterior, el Auto (una vez más) aplica, *stricto sensu*, el Derecho al garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, acordando la suspensión de la ejecutabilidad de los avales otorgados a primer requerimiento.

La cautelar acordada por el indicado Auto (y por el motivo ahora expuesto) viene respaldada por reiterada jurisprudencia al considerar que el requisito del peligro de demora en casos en que, como el presente, la solvencia de la demandada es limitada, justifican la adopción de la medida consistente en suspender la ejecutabilidad de los avales a primer requerimiento.

Entre otras sentencias, se pueden citar la de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) de 15 de diciembre de 2004 (JUR 2005/147228) y la de Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 21 de junio de 2007 (JUR 2007/320571).

#### **4.- Breve remisión la jurisprudencia que aboga por la postura opuesta.**

Se considera oportuno (y profesionalmente honesto) poner de manifiesto, que sin perjuicio de que la tesis que sostiene el Auto que en este artículo se analiza es la posición jurídica que este letrado suscribe; postura sustentada en la jurisprudencia citada a lo largo de este escrito, existe otra corriente jurisprudencial que se posiciona en el sentido opuesto.

Esta jurisprudencia concluye en la inviabilidad jurídica de suspender la ejecutabilidad de los avales en los supuestos como el descrito en este documento, al considerar que la naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento (carácter autónomo, abstracto y no causal) quedaría desnaturalizada, perdiendo el carácter autónomo e independiente del aval de adoptarse la medida cautelar que se ha analizado en este documento.

En esta línea se han pronunciado, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) de 11 de junio de 2010, así como el Auto de la misma Audiencia y misma sección de 19 de octubre de 2009.

#### **IV.- CONCLUSION.**

Se considera que el Auto que se ha comentado es de notoria relevancia y trascendencia por cuanto ha sido capaz de acordar, *inaudita* parte, la suspensión de la ejecutabilidad de avales a primer requerimiento argumentando, tanto desde el punto de vista material como procesal, la viabilidad jurídica que “soporta” la analizada resolución.

En lo que a la “vertiente” del derecho sustantivo se refiere, el Auto respetando (y “casando”) la naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento con el consagrado principio de relatividad de los contratos, razona y concluye que es acorde a Derecho adoptar (*inaudita* parte) la referida suspensión ya que ésta se ha solicitado en el “seno” de la relación contractual existente entre el garantizado y el beneficiario (y consecuencia de sus relaciones jurídicas), sin causar ningún tipo de injerencia en la relación existente entre el garante y el beneficiario.

La conclusión en lo que al análisis jurídico-procesal se refiere resulta, de igual modo, “ajustada” a Derecho, por cuanto, habiéndose acreditado previa adopción de la cautelar, que i) la apariencia de buen derecho era notoria, ii) que el *periculum in mora* del promotor era patente y iii) que la medida adoptada era la más conservadora y menos agresiva para éste, resulta ajustado al ordenamiento jurídico que la misma se

haya acordado (dada su urgencia) sin trámite de audiencia al demandado, garantizando, con ello, la tutela judicial que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria que se dictase.

Finalmente se considera oportuno afirmar, con base en los argumentos jurídicos esgrimidos a lo largo de este escrito, que la solución adoptada por el referido Auto es la que más garantiza la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia de condena, sin, por ello, conculcar ni infringir la naturaleza jurídica de los avales a primer requerimiento, ni, en consecuencia, el derecho sustantivo.

Francisco GARCIA ORTELLS.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'F. Garcia Ortells', with a stylized flourish extending downwards and to the left.

Madrid, 21 de enero de 2014.