



Roj: **STSJ BAL 280/2013 - ECLI: ES:TSJBAL:2013:280**

Id Cendoj: **07040330012013100223**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2013**

Nº de Recurso: **51/2013**

Nº de Resolución: **233/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO SOCIAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 280/2013,**
STS 3392/2014

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00233/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ILLES BALEARS

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

APELACIÓN

Rollo Sala Nº 51/2013

Autos Juzgado Nº PO 45/2012

SENTENCIA

Nº 233

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 13 de marzo de 2013.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. **Fernando Socías Fuster**

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante el **BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A.** representado por el Procurador D. Francisco Tortella Tugores y asistido del Letrado D. Luis González del Rey; y como Administración demandada apelada el **CONSORCI PLA DE SÓLLER** representada por el Procurador D. Julián A. Montada Segura.

Constituye el objeto del recurso la resolución dictada por el Presidente del Consorcio Pla de Sóller, de fecha 26 de febrero de 2012, por la que se desestima el recurso de reposición presentado por el **BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A.** contra acuerdo de la Junta Rectora del Consorcio de Pla de Sóller, de fecha 21 de diciembre de



2011, por el que se acuerda la incautación de parte de la fianza depositada por la empresa CONSTRUCCIONES DE OBRAS PÚBLICAS CRESPI, en forma de aval bancario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **Fernando Socías Fuster**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . La sentencia Nº 400, de fecha 22 de octubre de 2012 dictada por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma , en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"1º) SE DESESTIMA el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Tortella Tugores, en nombre y representación de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A. contra Resolución dictada por el Presidente del Consorcio del Pla de Sóller, de fecha 26 de enero de 2012, por la que se desestima el recurso de reposición presentado por el BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A . contra acuerdo de la Junta Rectora del Consorcio de Pla de Sóller, de fecha 21 de diciembre de 2011, por el que se acuerda la incautación de parte de la fianza depositada por la empresa CONSTRUCCIONES DE OBRAS PÚBLICAS CRESPI, en forma de aval bancario, resoluciones que se confirman por su adecuación a derecho.

2º) Se imponen las costas del presente recurso a la recurrente BANCO POPULTAR ESPAÑOL,S.A. "

SEGUNDO . Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 12.03.2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa destacar:

1º) La entidad BANCO DE CRÉDITO BALEAR,S.A. -ahora BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A- otorgó en fecha 28 de junio de 2006 un aval a la entidad CONSTRUCCIÓN D'OBRES PÚBLIQUES CREPI,S.L. para responder de las obligaciones de ésta frente al Ayuntamiento de Sóller y consistente en "redacción de proyecto técnico de ejecución y la ejecución de obras de construcción de un polideportivo municipal en Sóller", por importe de 128.639,79 euros, con la previsión de que se otorgaba " *solidariamente respecto al obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y con compromiso de pago al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos o su órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, con sujeción a los términos previstos en el RDL 2/2000, de 16 de junio, por el se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*".

2º) Advertidas una determinadas deficiencias, no subsanadas, en la ejecución de las obras aludidas, el Consorcio Pla de Sóller decidió - en fecha 21 de diciembre de 2011- incautar parte de la fianza definitiva por importe de 127.782 € al objeto de atender al coste de las obras necesarias para las indicadas subsanaciones.

3º) Interpuesto recurso de reposición por el BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A, el mismo fue desestimado por resolución del Presidente del Consorcio Pla de Sóller, de fecha 26 de febrero de 2012, contra la que se interpuso recurso jurisdiccional.

Por medio de la sentencia ahora apelada, se desestima el recurso del BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A. argumentando que al tratarse de ejecución de aval a primer requerimiento, la actuación del avalista impide plantear ante este orden jurisdiccional cuestiones que son de orden civil o mercantil y que sólo a las partes del negocio jurídico en que el aval consiste, atañen.

EL Banco Popular interpone recurso de apelación argumentando:

A) Que la sentencia no ha respondido a determinados argumentos de impugnación que fueron invocados en la demanda, como: 1º) que la modificación del contratista sin conocimiento y consentimiento del avalista, impide mantener el compromiso del aval; 2º) la recepción tácita de la obra implicaba la extemporaneidad de la exigencia del aval.

B) Que no es cierto que el Juzgado a quo carezca de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto por el sólo hecho de tratarse de un aval a primer requerimiento.



C) Que la existencia de un aval a primer requerimiento no impide, la discusión sobre el fondo. Una vez admitido lo anterior, debe valorarse que el aval ya no obligaba al avalista por causa de la entidad avalada CONSTRUCCIÓN D'OBRES PÚBLIQUES CREPI,S.L. efectuase cesión del contrato a la entidad MONDO IBÉRICA,S.A., sin que dicha cesión fuese comunicada a BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A.

SEGUNDO. ACERCA DE LA EJECUCIÓN DE AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO.

Con carácter previo a analizar los argumentos de la apelación y para facilitar la comprensión del mecanismo de actuación de la Administración con respecto a la ejecución del aval a primer requerimiento, interesa comprender las peculiaridades de este particular medio de garantía y para ello basta con remitirnos al análisis que del mismo se efectúa en la sentencia del TS (3ª) de 14 de marzo de 2007 en recurso 363/2007 . Dice la referida sentencia:

"Pero si alguna duda pudiera existir respecto de lo hasta ahora dicho, debemos destacar que en el caso presente, el aval tiene la condición de "a primer requerimiento", modalidad de garantía personal respecto de la cual, la Sala Primera de este Tribunal, en Sentencia de 27 de octubre de 1992 tiene declarado que" (...) entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1255 del Código Civil (así S. 14-11-1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil , su no accesoriedad, nota a lo que se alude en la Sentencia de esta Sala 11-7-1983 , al incidir "las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional" entre las "nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia...", así como en la S. 14-11-1989 en la que se afirma que "toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesorio de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación compleja a la que venimos haciendo mérito", de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista, y así dice la Sentencia de 1989 citada que la beneficiaria "una vez que ha cumplido con los requisitos que le comunicó la "Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito A., S.A." tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de "Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito A., S.A." de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial", sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (de regreso, del garante frente al ordenante y las propias entre los interesados en la relación subyacente); no habiéndose acreditado en autos por el recurrente que el obligado principal cumplió con su obligación de garantía respecto de los materiales suministrados a la actora y habida cuenta del carácter no accesorio de la garantía prestada, son inaplicables al caso los preceptos que se invocan en el motivo ni el principio de accesoriedad de la fianza que los informa por lo que ha de rechazarse este primer motivo".

Y más recientemente, la Sentencia de la misma Sala de 10 de noviembre de 1999 , ha ratificado la doctrina anterior al declarar que "La modalidad de garantía personal conocida como aval a primera solicitud o a primer requerimiento, garantía a primera demanda, o a simple demanda o garantía independiente, cumple una función garantizadora tendente a conseguir una indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante de la garantía. Examinando la característica esencial de esta forma de garantía personal, su no accesoriedad de la obligación principal, la Sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1992 , recopiladora de la jurisprudencia anterior, señala "de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no haya cumplido, si bien en aras del principio de buena fe contractual (artículo 1258 del Código Civil) se permita al garante caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido con la consiguiente liberación de aquél".



Y por si también existiera alguna duda acerca de la autonomía de esta figura respecto de la fianza tradicional y del seguro de caución -definido en el artículo 68 de la Ley 50/1990, de 8 de octubre, como aquél por el que "el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato"- , la Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 12 de julio del 2001, afirma que el "...concepto de aval a primer requerimiento lo expone con claridad la sentencia de 27 de octubre de 1992 que se reitera en la presente: es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma.

El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (...).

De esta forma, en definitiva, si por el juego de la autonomía de la voluntad, primeramente ha quedado diluida la nota de subsidiaridad de la fianza, al convenirse la fianza solidaria, también con el mismo origen, se ha producido la dilución de la nota de accesoriadad mediante la fórmula del aval a "primer requerimiento", ampliamente reconocida por la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal, como obligación autónoma, si bien que doctrinalmente se ha llegado a la misma conclusión a partir de la fianza tradicional, entendiendo que el fiador renuncia a la defensa que le pudiera caber para oponerse a la reclamación, asumiendo él la carga de probar que no le corresponde pagar.

Por todo lo hasta ahora razonado, no cabe sino reiterar lo que ya dijo esta Sala en la Sentencia de 14 de junio de 2005, en recurso de casación promovido también por quien hoy es hoy recurrente, esto es que "...El avalista sólo puede comprobar si la obligación que garantiza ha sido incumplida, pero no puede pretender una revisión del procedimiento seguido con el obligado principal, que es lo que el recurrente sostiene.". Y en virtud de lo antes dicho, y dado el tipo de aval prestado, podemos decir que únicamente tiene el derecho -pero también la carga- de demostrar que el deudor ha cumplido su obligación."

En consecuencia, el aval prestado por la entidad ahora recurrente fue otorgado solidariamente, con renuncia expresa al beneficio de excusión y con un compromiso de pago a primer requerimiento, lo que suponía compromiso de pago automático tan pronto como el beneficiario de la garantía lo reclame y sin que, en consecuencia, pueda el garante oponer excepción alguna fundada en la relación entre el acreedor y el deudor, sino sólo las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido. No obstante, en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permite al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba.

TERCERO. LA SUPUESTA FALTA DE RESPUESTA A DETERMINADOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA. LA JURISDICCION COMPETENTE.

La apelante argumenta que la sentencia no ha respondido a determinados argumentos de impugnación que fueron invocados en la demanda, como: 1º) que la modificación del contratista sin conocimiento y consentimiento del avalista, impide mantener el compromiso del aval; 2º) la recepción tácita de la obra implicaba la extemporaneidad de la exigencia del aval.

No obstante, se discrepa de la apelante en el sentido de que la sentencia omite respuesta a tales cuestiones, por cuanto la sentencia lo que afirma es que dichas cuestiones (como la cesión del contrato inconsentida por el garante) es cuestión que atañe a la relación interna entre garante y empresa garantizada por lo que sí ésta no comunicó la cesión a su avalista, ello es argumento que no cabe hacer valer frente al beneficiario de la garantía.

Con respecto a la jurisdicción competente, la sentencia no está afirmando que la cuestión ahora litigiosa no sea competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que aquellas cuestiones que invoca la recurrente y que derivan de la relación interna entre avalista y avalado, "son de orden civil o mercantil y que sólo a las partes del negocio jurídico en que el aval consiste atañen".

Lo que la sentencia afirma es que frente al beneficiario (la Administración demandada) pueden invocarse motivos de oposición al cumplimiento del aval basados en las excepciones que deriven de la garantía misma, pero no pueden ser admitidos motivos de oposición basados en los posibles incumplimientos del avalado con



respecto al avalista que, además " *son de orden civil o mercantil*". Este modo de argumentar es totalmente correcto.

CUARTO. LOS POSIBLES MOTIVOS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DEL AVAL.

Aclarado que al tratarse de un aval "a primer requerimiento" el avalista queda obligado a prestar la garantía automáticamente, sin perjuicio de posteriormente, en caso de contienda judicial, pueda probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél.

Este recurso jurisdiccional promovido por la avalista no debería tener otro objeto que examinar si el recurre ha acreditado (inversión en la carga de la prueba) que el deudor principal había cumplido lo garantizado.

Ni una palabra aparece en el recurso de apelación -ni menos se invocan pruebas practicadas- que acrediten que las obras consistentes en "redacción de proyecto técnico de ejecución y la ejecución de obras de construcción de un polideportivo municipal en Sóller" se ejecutaron completamente y a satisfacción. O lo que es lo mismo, no se alega ni se acredita que las deficiencias advertidas por la Administración no existan o que no es cierto que motiven la necesidad de realización de obras complementarias para las indicadas subsanaciones.

Sobre esta cuestión, que es la única relevante a los efectos de la presente controversia, nada se dirá.

Poco importa si CONSTRUCCIÓN D'OBRES PÚBLIQUES CREPI,S.L. efectuase cesión del contrato a la entidad MONDO IBÉRICA,S.A., sin que dicha cesión fuese comunicada a BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A, ya que como se indicó en la sentencia apelada, ello atañe a las relaciones entre garante y garantizada con respecto a los posibles incumplimientos de la segunda al no comunicar a la avalista dicha cesión.

Procede así, la desestimación del recurso.

QUINTO, COSTAS PROCESALES.

En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, procede imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso -lo que es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En la medida en que no se aprecian circunstancias excepcionales que hagan modificar el criterio del vencimiento objetivo establecido en la norma, debe imponerse las costas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **BANCO POPULAR ESPAÑOL,S.A** contra la sentencia Nº 400, de fecha 22 de octubre de 2012 dictada por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma de Mallorca , la cual se confirma en su integridad.

2º) Se imponen las costas de esta apelación a la parte apelante.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. **Fernando Socías Fuster** que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.