

Roj: **STS 3157/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3157**Id Cendoj: **28079110012014100383**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/07/2014**Nº de Recurso: **1138/2012**Nº de Resolución: **398/2014**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP PO 857/2012,**
STS 3157/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 88/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Porriño; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **Banco Gallego S.A.**, representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Miguel Torres Álvarez; siendo parte recurrida **Promoviuni, S.L.**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Barallat López. Autos en los que también ha sido parte la mercantil Promotora JC Mondariz SL y La Caixa que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Promoviuni S.L. contra la mercantil Promotora JC Mondariz S.L., Banco Gallego, S.A., Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona (La Caixa).

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se "... dicte en su día Sentencia: - declarando el derecho de Promoviuni S.L. de suspender el pago de los 280.000 Euros que tiene aplazado según apartado primero del otorgamiento de la escritura de compraventa de fecha 4 de septiembre de 2006, otorgada ante el Notario Mónica Alba Castro, nº 571 de su protocolo, en tanto no se haga cesar la perturbación o se afiance la devolución por el vendedor, y dado que el citado pago está garantizado con aval a primer requerimiento de La Caixa, se condene a ésta a suspender el pago del aval registrado con el nº 9340.03.0761045.46, asimismo, en tanto no se haga cesar la perturbación o se afiance la devolución por el vendedor.- Se condene a Promotora J.C Mondariz S.L. y Banco Gallego S.A. a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la mercantil Banco Gallego, S.A. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda rectora, con expresa imposición a la sociedad demandante de las costas procesales."

La representación procesal de Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona "La Caixa", se allanó a la demanda.

La representación procesal de Promotora JC Mondariz presentó escrito de contestación a la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado "... dicte



en su día sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de adverso por los motivos señalados. Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte actora."

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 5 de julio de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el procurador D. Francisco Javier Varela González, en nombre y representación de Promoviuni, S.L. contra Promotora JC Mondariz, Banco Gallego, S.A. y La Caixa, S.A.- Declaro el derecho de Promoviuni, S.L. a suspender el pago de 280.000 euros en tanto no se haga cesar la perturbación o se afiance la devolución por el vendedor. Condeno a Promotora JC Mondariz y a Banco Gallego, S.A. a estar y pasar por esta declaración y a La Caixa, S.A. a suspender el pago del aval registrado con el nº 9340.03.0761045.46, hasta tanto no se haga desaparecer la perturbación o se afiance la devolución por el vendedor.- Todo ello sin hacer especial imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la mercantil Banco Gallego, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 2012, cuyo Fallo es como sigue: "Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por Banco Gallego S.A. representado por la Procuradora D^a Begoña Bugarín Saracho contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 88/08 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de O Porriño la debemos confirmar y confirmamos con imposición de las costas a la apelante.- Se declara la pérdida del depósito constituido al apelar."

TERCERO.- El procurador don José Portela Leirós, en representación de la entidad **Banco Gallego SA**, interpuso recurso de casación fundado, como motivo único, en la infracción de la doctrina jurisprudencial respecto del aval a primer requerimiento con cita de varias sentencias de esta Sala.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 13 de noviembre de 2012 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, Promoviuni SL, que se opuso a su estimación mediante escrito que presentó en su nombre la procuradora doña Ana Barallat López.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 26 de junio de 2014.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos fundamentales de los que nace el presente proceso son los siguientes:

A) Por escritura pública de 4 de septiembre de 2006 Promoviuni SL compró a Promociones Mondariz SL nueve parcelas sitas en el término municipal de Porriño, por el precio final de 800.000? de los que quedó aplazado el pago de 280.000? garantizados con aval solidario y a primer requerimiento de La Caixa de Pensiones a favor de la vendedora, el cual debía efectuarse como día final el 4 de septiembre de 2008.

B) El 6 de noviembre de 2006 la Promotora Mondariz SL cedió a Banco Gallego SA dicho derecho de crédito junto con el aval solidario y lo notificó a la deudora Promoviuni SL

C) El aval de la Caixa por importe de 280.000 ? avalaba a Promoviuni SL ante Promotora JC Mondariz SL como beneficiario, señalando expresamente en su texto que: "Este aval, que tiene carácter solidario y por ello sin derecho al beneficio de excusión y división, será efectivo al beneficiario, hasta la cantidad máxima avalada, al primer requerimiento del mismo, sin que este deba justificar el incumplimiento ni la negativa al pago".

D) La cesión del crédito por razón del pago aplazado y del aval a primer requerimiento que lo garantizaba fue notificada tanto a Promoviuni SL como a la Caixa, sin que sobre ello se haya suscitado controversia.

En fecha 18 de febrero de 2008, la compradora Promoviuni SL interpuso demanda contra la vendedora, Promotora JC Mondariz SL, Banco Gallego SA y la Caixa SA, en la cual, tras denunciar el incumplimiento de la vendedora, interesaba que se dictara sentencia por la cual se declare su derecho a suspender el pago de los 280.000 euros pendientes de pago, en tanto no se haga cesar la perturbación derivada de una acción reivindicatoria o se afiance la devolución por el vendedor, condenando a los demandados a estar y pasar por ello y además a La Caixa SA a suspender el pago del aval.

Esta última se allanó y los demás demandados se opusieron a la demanda, dictando el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Porriño sentencia de fecha 5 de julio de 2011 por la que estimó la demanda y, en consecuencia, declaró el derecho de la compradora a suspender el pago de la parte de precio pendiente en tanto no se



haga cesar la perturbación o se afiance la devolución, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a la Caixa SA a suspender el pago del aval, sin especial declaración sobre las costas causadas.

Banco Gallego SA recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) dictó sentencia de fecha 6 de marzo de 2011 por la cual desestimó el recurso con imposición de costas de la alzada a la parte recurrente.

La Audiencia, en su sentencia hoy recurrida, viene a decir (fundamento de derecho segundo "in fine") que *«el eventual cumplimiento del aval a primer requerimiento que solicitase el beneficiario pasa necesariamente por el incumplimiento del deudor y si este no existe tampoco puede solicitarse el cumplimiento del aval. En las garantías a primera demanda rige el principio genérico de toda obligación de garantía en virtud del cual sólo cabe actuar contra el garante cuando se ha producido el incumplimiento garantizado y en nuestro caso tal incumplimiento garantizado no se ha producido (...) Por muy amplio que sea el alcance de la autonomía de una garantía personal, ésta nunca puede verse privada de su carácter subsidiario, es decir, de la existencia de una obligación principal que asegurar y de la concurrencia ineludible de un previo incumplimiento de la obligación garantizada para poder actuar contra el garante....»*.

Finaliza afirmando que *«es claro que si al deudor principal se le reconoce el derecho a la suspensión del pago del precio (por la perturbación que se le ha producido en su dominio) al comprador, no podrá este conseguirlo no obstante a través de la figura del aval a primer requerimiento porque con ello se estaría defraudando el derecho de aquél que tendría que responder igualmente del pago ante el banco avalista»*.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación Banco Gallego SA.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso se formula por infracción de la doctrina jurisprudencial respecto del aval a primer requerimiento con cita de varias sentencias de esta Sala.

Sostiene la recurrente que la naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento es la de una garantía personal y no accesorio, de carácter independiente y autónomo respecto de la relación subyacente, por lo que no se pueden oponer por el garante al beneficiario otras excepciones que las que derivan de la garantía misma.

La sentencia de 17 febrero 2000 , citada por la parte recurrente en apoyo del motivo, define el aval a primer requerimiento como *«...contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil (...) 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 (...) de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se 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, artículo 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 de 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»*.

Su consideración como contrato independiente comporta que se trata de una garantía contrapuesta a la fianza, en cuanto que su validez y eficacia no se hace depender de la validez y eficacia del negocio subyacente. Como garantía abstracta que es, el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario.

No obstante, la doctrina de esta Sala también es unánime al señalar que el garante puede oponer al beneficiario el pago del deudor, si lo conoce; es decir, se le deja la posibilidad de ejercitar la *«exceptio doli»* o límite al ejercicio abusivo del derecho, como expresamente reconoce la citada sentencia de 17 febrero 2000 (Recurso de Casación núm. 93/1996).

La sentencia núm. 735/2005, de 27 septiembre , al recoger la doctrina jurisprudencial sobre el aval a primer requerimiento, señala que: *«La jurisprudencia de esta Sala ha tratado en diversas ocasiones dicha figura jurídica y así la sentencia de 27 de octubre de 1992 señalaba 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 artículo 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 accesoriadad, 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 accesoriadad, 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 accesoria 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 (artículo 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». La sentencia de 5 de julio de 2002, con cita de las anteriores de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000, define la figura como "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». Por último, la sentencia de 28 de mayo de 2004 declara en relación a dicha figura jurídica que "su propia especialidad, surgida de la voluntad contractual de las partes conforme al artículo 1255, no lo desnaturaliza y desgaja por completo del contrato de fianza presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideusorio (Sentencias de 2-10-1990 y 15-4-1991), ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acreedor».....».

En igual sentido cabe citar las sentencias de esta Sala núm. 783/2009, de 4 diciembre, y 259/2010, de 6 mayo.

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

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

CUARTO.- En consecuencia, el recurso ha de ser estimado con rechazo de dicha pretensión formulada en la demanda, sin especial declaración sobre costas causadas por el mismo (artículo 398.2 LEC). Sobre las costas de primera instancia procede igualmente no hacer expresa imposición por las razones expuestas por el juzgador, sin que igualmente proceda respecto de las causadas por la apelación, que debió ser estimada.

Procede igualmente la devolución del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de **Banco Gallego SA** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de fecha 6 de marzo de 2012, en Rollo de Apelación nº 34/2012 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Porriño con el número 88/2008, en virtud de demanda interpuesta por **Promoviuni SL** contra la hoy recurrente y otros, la que **casamos parcialmente y**, en su lugar, **declaramos no haber lugar** a la suspensión del pago del aval registrado en La Caixa SA con el nº 9340.03.0761045.46, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia dictada en primera instancia y confirmada por la hoy recurrida.

No procede especial pronunciamiento sobre costas causadas en ambas instancias ni sobre las producidas por el presente recurso.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ