

En Oviedo a veinticuatro de abril de dos mil nueve.

Habiendo visto el recurso de suplicación e los presentes autos de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Istmos. Sres. Citados, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española

EN NOMBRE SU S.M. EL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso suplicación 2233/2008, formalizado por el graduado Social JUAN SANCHEZ DE LA CRUZ, en nombre y representación de MANUEL y otros, contra el auto de fecha doce de junio de dos mil ocho, dictado por el Jdo. De lo Social n.º 2 de GIJON en sus autos EJECUCION número 33/2008, seguidos a instancia de dichos recurrentes frente a MINA LA CAMOCHA S.A., parte demandada representada por el letrado PABLO DIAZ MATOS, en RECLAMACION DE CANTIDAD, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MANUEL BUJAN ALVAREZ y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Don Pedro y otros 107 trabajadores más formularon demanda el 30 de julio de 2004 en materia de reclamación de cantidad contra MINA LA CAMOCHA S. A., contra la Entidad Gestora Minera S. L., y contra el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, cuyo conocimiento correspondió, por turno de reparto, al Juzgado de lo Social Número Dos de Gijón, demanda que fue tramitada con el número de procedimiento 687/2004.

2º.- El día 17 de mayo de 2.005, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social, siendo íntegramente estimada la demanda interpuesta por los actores respecto de MINA LA CAMOCHA, S.A. y absolviendo de las pretensiones al resto de codemandados.

3º.- La empresa codemandada MINA LA CAMOCHA, S.A., interpuso frente a la sentencia de instancia recurso de suplicación ante esta Sala, tras haber efectuado el depósito legal correspondiente de cantidad fija alzada de 150,25 euros (folio 2032) y haber presentado previamente documento de aseguramiento sustitutivo de la consignación en metálico a medio de AVAL SOLIDARIO A PRIMER REQUERIMIENTO otorgado el 31/05/2005 por la entidad CAJASTUR y hasta el importe máximo de la condena de la sentencia del Juzgado de lo Social número DOS de Gijón, según consta en los citados autos n.º 687/04 (folio 2033). Dichos depósito y documento de aseguramiento sustitutivo de la consignación en metálico, fueron notificados a la parte demandante el 7/06/2005.

4º.- En fecha 19 de enero de 2.007, la Sala de lo Social del TSJ de Asturias dicta Sentencia n.º 236/07, RSU 3162/2005, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por MINA LA CAMOCHA S.A., revocando parcialmente la dictada en

instancia en cuanto a la obligación y condena de la empresa de abono del 10% de los intereses por mora, por tratarse las cantidades reclamadas de Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social. Se acuerda el mantenimiento del aval como garantía del cumplimiento de la sentencia en cuanto a la cantidad reconocida en la misma.

5º.- Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina (RCUD) por la única condenada, empresa MINA LA CAMOCHA, S.A., el mismo fue inadmitido mediante Auto del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 2.007, declarando la firmeza de la sentencia dictada por esta Sala en fecha 19/01/2007.

6º.- La parte demandante, tras haber tenido conocimiento del Auto del Tribunal Supremo que declara la firmeza de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, presentó escrito ante el Juzgado de lo Social Número Dos de Gijón solicitando la ejecución de la Sentencia (folio n.º 43 de la ejecución 33/08) el día 18 de enero de 2.008, suplicando asimismo al Juzgado, en el mismo escrito, que se advierta expresamente a Mina La Camocha, S.A. de que en caso de no abonar la suma objeto de condena, se procederá a la inmediata ejecución del aval solidario a primer requerimiento otorgado por CAJASTUR, en su día presentado.

7º.- Mediante proveído de la misma fecha, el Juzgado de lo Social acuerda que «No procede despachar aún la ejecución interesada por cuanto: no han sido remitidos los Autos del Tribunal Superior. Una vez remitidos se acordará lo procedente».

8º.- En fecha 21 de enero de 2008, por la empresa condenada MINA LA CAMOCHA S.A., se presenta en el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón escrito fechado el 19 anterior por el que se pone en conocimiento del Juzgado que con fecha 15/01/2008 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo se ha dictado Auto declarando en concurso de carácter voluntario al deudor MINA LA CAMOCHA S.A. EN LIQUIDACION, acompañando documentación acreditativa consistente en el Auto dictado por el Juzgado. En el suplico del escrito se interesa que por el Juzgado se proceda a la suspensión de todas aquellas ejecuciones que actualmente se estén tramitando en ese Juzgado, anulando en su caso las actuaciones practicadas con posterioridad a dicha declaración, comunicando expresamente al Juzgado de lo Mercantil la verificación de tales suspensiones.

Mediante la citada Providencia de la misma fecha 21/01/2008, se dispone: «No habiendo aún sido remitidos por el Tribunal Superior, una vez sean devueltos se acordará»

9º.- El 2 de mayo de ese año 2008, la parte ejecutante, ante la llegada de los autos del Tribunal Superior de Justicia, presenta escrito ante el Juzgado de lo Social (folios 2097-2100 de los Autos 697/2004), en el que «interesa la continuación de la ejecución instada de conformidad con lo que a continuación se expondrá» (apd. VI), solicitando (en resumen) que, ante el incumplimiento de la empresa de abonar la cantidad objeto de condena, «ejecute el aval solidario a primer requerimiento otorgado el 31 de mayo de 2.005 por la entidad CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR, por importe de 365.197, 59Euro/s».

10º.- Ese mismo día 2 de mayo el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón dicta diversas resoluciones: A) En los Autos 687/2004: a) DILIGENCIA para hacer constar: 1) que

ese día se reciben los Autos devueltos por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias junto con el testimonio de la resolución recaída y 2) que ese día se ha presentado el escrito a que nos hemos referido en el ordinal anterior por el Graduado Social Sr. Sánchez de la Cruz en nombre y representación de los demandantes; b) PROVIDENCIA por la que se acusa recibo de los autos remitidos por el TSJ de Asturias y se rechaza la petición formulada por la parte actora en el citado escrito presentado en esa misma fecha 2/05/2008, al haber sido declarada Mina La Camocha, S.A. en situación de Concurso de Acreedores por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo (Concurso Ordinario 845/07). Asimismo, se acuerda en la providencia «dejar en suspenso la tramitación de las actuaciones, respecto de poner a disposición de los trabajadores la cantidad consignada mediante aval por la recurrente, así como la devolución del depósito consignado por esta última para recurrir, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los créditos declarados en la sentencia; a cuyo fin podrá instarse la ejecución ante el juez del concurso». Así mismo se ordena «librar oficio al citado Juzgado de lo Mercantil, acompañando los oportunos testimonios, para poner en su conocimiento el estado de las presentes actuaciones, al objeto de que acuerde lo que estime conveniente». (Folios 2101-2102)

B) Además, en esa misma fecha, 2-05-08, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón dicta Auto (Proceso Ej. 33/2008 dimanante de los citados Autos 687/2004) en cuya parte dispositiva, sin hacer mención al escrito presentado ese mismo día interesando la ejecución del AVAL solidario a primer requerimiento emitido por CAJASTUR, se acuerda, en base a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 235 LPL en relación con el 8.3 y 55.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, no haber lugar a la ejecución que se había solicitado por la parte actora «por encontrarse la entidad ejecutada MINA LA CAMOCHA S.A. en situación de concurso».

Las anteriores actuaciones se notifican a la empresa MINA LA CAMOCHA S.A. el 7/05/08 y a la parte actora el 14-05-08.

11º.- A partir de esa fecha, el Juzgado tramita por separado el proceso de ejecución 33/08 citado, y el escrito que fue presentado el mismo día 2-05-08 y al que se refiere la Providencia también de la misma fecha y que igualmente fue recurrida así como los sucesivos escritos presentados en idénticas fechas y términos, que se mantienen dentro de los autos 687/04, aunque en ambos casos las peticiones y resoluciones son idénticas prácticamente. Así:

- A) En fecha, 19-05-08, por la parte demandante se interpone Recurso de Reposición contra el Auto de fecha 2/05/2008 que deniega la ejecución por hallarse la ejecutada MINA LA CAMOCHA S.A. en situación de concurso y en cuyo Suplico se interesa que «se acuerde ejecutar el aval solidario a primer requerimiento, otorgado el 31 de mayo de 2005 por la entidad CAJASTUR, por importe de 365.197,59 euros. (Folios 103-107 Ej. 33/08)

- B) En la misma fecha 19/05/2008 (folios 2109-2113 de los Autos 687/04) la misma parte demandante interpone asimismo Recurso de Reposición, en los mismos términos («mutatis mutandis») contra la Providencia de la misma fecha que la del Auto, 2/05/2008, ya citada y transcrita anteriormente, que desestima la solicitud de ejecución del aval interesada en escrito de ejecución igualmente sucesivo y continuación del presentado el 18/01/2008 (Autos 687/04-).

12º.- MINA LA CAMOCHA S.A. no impugnó el Recurso de Reposición interpuesto por la parte demandante contra el Auto de fecha 2/05/2008, siendo, en cambio, impugnado en fecha 3/06/2008 (folios 2120-2123) el Recurso de Reposición interpuesto por la misma parte contra la Providencia de fecha 2/05/2008 (si bien en el mismo se alude al Auto), pese a haberle sido notificados ambos el 28/05/2008. No se adjunta ningún documento a dicha impugnación.

13º.- El recurso de Reposición interpuesto por la parte actora contra el Auto denegatorio de la Ejecución fue resuelto y desestimado por otro Auto de fecha 12 de junio de 2008, que reitera, por remisión, los propios argumentos del Auto de 2/05/2008 impugnado, sin hacer mención de nuevo a la interesada ejecución del AVAL emitido por CAJASTUR (folios 115 y 116). El Juzgado dicta asimismo en la misma fecha Auto, del mismo tenor literal, por remisión, que el de la resolución (Providencia) de 2/05/2008 por el que desestima el Recurso de Reposición interpuesto contra la Providencia denegatoria de la ejecución del aval solidario. Ambos autos se notifican a la parte actora el 23-06-08.

14º.- El 27-06-08 la parte actora anuncia recurso de suplicación contra el auto de 12-06-08 dictado en Proceso de Ejecución 33/08. Asimismo anuncia recurso de suplicación contra el auto de 12-06-08 dictado en Autos 687/04.

15º.- En la misma fecha, 27/06/2008, el Juzgado de lo Social n.º 2 dicta sendas providencias por las que tiene por anunciados los recursos de suplicación. Se notifican dichas providencias a la parte actora el 16-07-08.

16º.- En fecha 24-07-08 la parte actora interpone dos recursos de suplicación, uno en Ejecución 33/08 y el otro en Autos 687/04.

17º.- En la misma fecha, 24/07/2008, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón dicta dos Providencias teniendo por formalizado cada uno de los dos recursos de suplicación interpuestos. Se notifican tales providencias el 4-09-08.

18º.- En fecha 12-11-08 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dicta dos providencias designando ponente para resolver cada uno de los recursos de suplicación interpuestos. Se notifican tales providencias a la parte actora el 5-12-08.

Elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase a ponente para su examen y resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al Auto de fecha 12 de Junio de 2008 dictado por el Juzgado de lo Social N.º 2 de Gijón en el Proceso de Ejecución n.º 33/08 dimanante de los autos n.º 687/2004 del mismo Juzgado, seguidos a instancia de D. JUAN SANCHEZ DE LA CRUZ, Graduado Social, en representación de PEDRO y 107 trabajadores más, asistido del Letrado D. JORGE MURALL DE PABLOS, según tiene acreditado en los referidos Autos, interpone recurso de Suplicación ante esta Sala del Tribunal Superior de Justicia

de Asturias, interesando la estimación del recurso y la revocación del Auto impugnado, y, en consecuencia, que se acuerde la ejecución del AVAL SOLIDARIO A PRIMER REQUERIMIENTO otorgado por CAJASTUR el 31 de mayo de 2005, por importe de 365.197,59 euros más los intereses legales de dicha cantidad hasta la fecha de su completo pago.

El recurso de Suplicación ha sido impugnado por la representación procesal de MINA LA CAMOCHA S.A.

SEGUNDO.- Con el amparo procesal del apartado c) del artículo 191 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, por la parte recurrente se denuncia infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas en el Auto recurrido, por cuanto los recurrentes consideran que han sido indebidamente o no han sido aplicados los preceptos legales y jurisprudenciales que citan en el Motivo.

I.- Como primera cuestión objeto de examen, es preciso llamar la atención sobre la pretensión de los recurrentes en cuanto a la incorporación a los Autos de los documentos que se interesa de acuerdo con lo establecido en el artículo 231.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, a saber: copia del aval solidario a primer requerimiento, emitido por CAJASTUR en fecha 31/05/2005 y un escrito de la parte recurrente con fecha de entrada en el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón, según sello de entrada del Juzgado, en fecha de 2 de mayo de 2008, en el cual se solicitaba la «continuación de la ejecución instada» (apdo. VI del escrito) en fecha 18/01/2008, pero ya no contra la deudora principal concursada MINA LA CAMOCHA S.A. sino contra el Aval solidario a primer requerimiento otorgado por CAJASTUR para asegurar el cumplimiento efectivo de la condena de aquella al abono de la cantidad total adeudada de 365.197,59 euros y que consta en la sentencia de fecha 17/05/2005 del Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón y en la firme de esta Sala de fecha 19/01/2007. Considera la parte recurrente que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 231.1 citado de la Ley de Procedimiento Laboral, al entender que dichos documentos contienen elementos de juicio absolutamente necesarios al objeto de evitar la vulneración de un derecho fundamental, como es el de la tutela judicial efectiva, puesto que su falta de incorporación a la Ejecución instada pudiera suponer una infracción de tal principio rector. A ello la Sala ha de manifestar que dichos documentos efectivamente son esenciales para la resolución del tema planteado, pero los mismos ya obran en los Autos 687/2004 (folios 2033 y folios 2097-2100 respectivamente), por lo que, entre otras razones, sería reiterativo tenerlos duplicados. La representación procesal de la empresa se opone igualmente a la admisión de tales documentos por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 270 LEC. No procede, de igual modo, admitir los adjuntados por la empresa junto con la impugnación del presente recurso de Suplicación por las mismas razones y utilizando los mismos criterios y mismo razonamiento jurídico, además del contenido en el artículo 272 LEC: el documento obrante al folio 144 del Rollo de Suplicación 2233/08 por cuanto, de igual modo que en cuanto a los recurrentes, el Aval solidario a primer requerimiento otorgado por CAJASTUR obrante a ese folio ya consta testimonio del original en el referido folio 2033 de los autos principales 687/2004 y los otros dos documentos que adjunta, meras fotocopias sin valor alguno, obrantes a los folios 145-148 del Rollo de suplicación 2233/08 (Ej. 33/08), resultan traídos y argumentados en este momento por primera vez, extemporánea e improcedentemente, pues no constan en las actuaciones con anterioridad, ni en los autos 687/04, ni en la pieza separada de ejecución 33/08, no pudiendo afirmarse su autenticidad ni las causas de otorgamiento de

los mismos ni su actualidad o vigencia, siendo totalmente inadecuada su aportación, razones por las que, en aras a la economía procesal y de acuerdo con reiterada jurisprudencia, no pueden ser valorados los extremos contenidos en los mismos, aparte de su irrelevancia. A mayor abundamiento hemos de resaltar en este caso que tales documentos se han adjuntado en el momento procesal límite: el de la impugnación del recurso de suplicación interpuesto por la parte recurrente, pese a disponer de ellos desde la fecha de suscripción, 1/01/2005. En este momento o fase procesal de impugnación del recurso de suplicación (y no antes como se aduce por la representación procesal de la empresa) los recurrentes ya no puede hacer alegaciones a los mismos ni reorientar, en su caso, la defensa, impidiéndoseles el ejercicio del derecho a la defensa y causándoles absoluta indefensión, pues la representación de la empresa se sirve de los mismos para formular alegaciones en cuanto al fondo del asunto que no fueron realizadas a lo largo de tan penoso proceso.

TERCERO.- En otro orden de cosas, la Sala considera que no hay motivos para que el Juzgado de instancia haya escindido las actuaciones procesales cuando, en realidad, se trata de una única solicitud de realización o ejecución de la obligación de hacer efectivas a los trabajadores las cantidades a que fue condenada la empresa MINA LA CAMOCHA S.A. en la sentencia firme dictada por esta Sala en fecha 19/01/2007. La obligación del cumplimiento de abono de dichas cantidades cuenta ya, desde el 2 de junio de 2005 con GARANTIA suficiente para hacer frente a las deudas objeto de la condena a aquella parte deudora ahora concursada, por importe total de 365.197,59 EUROS, a medio de AVAL BANCARIO DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA A PRIMER REQUERIMIENTO de la entidad Caja de Ahorros de Asturias-CAJASTUR. De ahí que el examen que se realice de ambos recursos de suplicación y el resultado final al que se llegue haya de ser el mismo, por existir identidad de peticiones, de partes, ser iguales los argumentos utilizados por los recurrentes y por la empresa en concurso e iguales las resoluciones judiciales que finalmente se impugnan a través, igualmente, de dos recursos iguales de suplicación con dos impugnaciones también prácticamente iguales. Lo exigen, además, la seguridad jurídica (ex 9.3 CE), la tutela judicial efectiva (24.1 CE), la economía procesal y el poder alcanzar una mejor comprensión de las cuestiones que se plantean y que se resuelven.

Por lo demás, se hace preciso recordar e insistir una vez más, tal como ya consta en los antecedentes de hecho de la sentencia, en que los trabajadores recurrentes, presentaron el 18/01/2008, ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón, solicitud de ejecución de la sentencia firme de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 19 de enero de 2007. En dicho escrito de 18/01/2008 se interesaba del Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón por parte de los recurrentes que se tuviera por instada la ejecución de dicha sentencia, «acordando requerir a la empresa MINA LA CAMOCHA S.A. para que abone a los actores la cantidad que para cada uno de ellos resulta según la sentencia cuya ejecución se solicita, siendo el importe total para todos los demandantes de 365.197,59 euros, más los intereses y costas procedentes, advirtiéndola expresamente de que en caso contrario, se procederá a la inmediata ejecución del aval en su día presentado». Mediante proveído de la misma fecha 18 de enero de 2008 el Juzgado de lo Social resolvió no haber lugar a la ejecución instada hasta la llegada al Juzgado de los Autos. Posteriormente, el 21/01/2008 la empresa presenta en el Juzgado de lo Social escrito comunicando que se hallaba en concurso de acreedores, de carácter voluntario, aportando copia del Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo dictado el 15/01/2007 en Procedimiento Concurso Ordinario n.º 845/2007 e interesando la

suspensión de las ejecuciones que se estuvieran tramitando ante ese Juzgado de lo Social, anulando, en su caso, las actuaciones practicadas con posterioridad a dicha declaración, comunicando expresamente al Juzgado de lo Mercantil la verificación de tales suspensiones. Mediante Providencia de esa misma fecha 21/01/2007, el Juzgado de lo Social reitera que se acordará una vez sean devueltos los Autos por el Tribunal Superior.

Al tener conocimiento la parte recurrente el día 2/05/2008 de que se hallaban en el Juzgado de lo Social las referidas actuaciones de la Sala de lo Social del TSJ, mediante escrito de esa misma fecha 2 de mayo de 2.008, se reiteró la «continuación de la ejecución» (Apdo. VI del escrito) instada el 18/01/2008, en base a la argumentación que consta en dicho escrito presentado ese mismo día e interesando ahora, en vista de que pese a todo el tiempo transcurrido la empresa deudora no había hecho efectivas las cantidades adeudadas en virtud de la sentencia firme y de que se halla en concurso de acreedores, que se «ejecute el aval solidario a primer requerimiento otorgado el 31 de mayo de 2005 por la entidad CAJASTUR por importe de 365.197,59 euros». El resto de los sucesivos actos procesales ya han sido descritos, debiendo recalcar: a) que la ejecución de la sentencia se dirigió primeramente contra el deudor obligado principal MINA LA CAMOCHA S.A. y b) que habiendo transcurrido excesivo tiempo y teniendo además conocimiento el 21 de enero de 2008 a través de la documentación del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo presentada en el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón que la empresa, deudora principal, se hallaba en situación de concurso de acreedores desde el 15/01/2008 y que, por consiguiente, había de quedar en suspenso la ejecución primeramente dirigida contra aquella, por escrito presentado el 2 de mayo ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón, se solicita la continuación (así se expresa concretamente en el citado apdo. VI del escrito de 2/05/2008) de la ejecución de la sentencia para obtener su efectivo cumplimiento con cargo al AVAL BANCARIO SOLIDARIO A PRIMER REQUERIMIENTO otorgado por CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR. El Juzgado de lo Social de Gijón y la empresa deudora principal concursada MINA LA CAMOCHA S.A. entienden que la ejecución ha de tramitarse dentro del concurso de acreedores en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo y no ante el Juzgado de lo Social, de acuerdo con el artículo 235.5 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con los artículos 8.3 y 55.1 de la Ley Concursal.

Hemos de señalar ahora, aunque carezca de importancia procesal real, que, pese a la machacona insistencia de la representación de la concursada MINA LA CAMOCHA S.A. en que no es correcta técnicamente la referencia que los recurrentes hacen a la «ejecución del aval», también nuestros tribunales y la doctrina científica utilizan la misma expresión normalmente y todos comprendemos el significado y contenido de aquella. Es obvio que la representación procesal de la empresa pretende desviar la atención del objeto del litigio, y hacernos creer que los recurrentes nunca han interesado que se despachara la ejecución contra el crédito garantizado por la avalista CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR o, dicho de otro modo, que los recurrentes no solicitaron al Juzgado de lo Social que se cumpliera el Fallo de la sentencia firme. A lo largo de la presente sentencia se ha reiterado que la primera solicitud se dirigió contra la deudora principal MINA LA CAMOCHA S. A. y una vez comprobado que la misma no hacía ni iba a hacer efectiva la deuda y advertidos de que se hallaba en concurso de acreedores con lo que la efectividad del fallo de la sentencia se iba a demorar (como está ocurriendo) aún mucho más, decidieron interesar que, puesto que estaban en su derecho, por el Juzgado se despachara la ejecución sobre la GARANTIA del crédito, es

decir, sobre el aval de CAJASTUR. No otra cosa se pide desde el 2 de mayo de 2008, quedando en suspenso, por imperativo legal, la ejecución primeramente interesada contra el deudor principal MINA LA CAMOCHA S. A. al hallarse en concurso de acreedores. Ni que decir tiene que la expresión «ejecutar el aval» es perfectamente admisible e inteligible por todos, no siendo más que una sinécdoque cuyo contenido real no se escapa a nadie. No puede la Sala dejarse arrastrar por tendenciosos juegos de palabras que lo único que persiguen es desviar la atención hacia cuestiones intrascendentes, contrarias a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

CUARTO.- Una vez aclarado lo que ya estaba claro, los términos del debate se concretan precisamente en los siguientes términos: La empresa MINA LA CAMOCHA S.A. fue condenada a hacer efectivas a los trabajadores recurrentes determinadas cantidades, QUE TOTALIZAN LA SUMA DE 365.197,59 euros, adquiriendo firmeza la sentencia de esta Sala de 19/01/2007 por Auto del Tribunal Supremo de fecha 4/12/2008. Dictada la primera sentencia de condena por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón en fecha 17/05/2005, para interponer recurso de suplicación contra la misma ante esta Sala, la Empresa hubo de efectuar el depósito de cantidad fija alzada a que se refiere el artículo 227 LPL por importe de 150,25 euros y, en sustitución de la consignación en metálico por el importe de la condena, a que se refiere el artículo 228 LPL, la empresa presentó, como aseguramiento del cumplimiento de la condena por dicha cantidad de 365.197,59 euros, garantía a medio de AVAL BANCARIO CON RESPONSABILIDAD SOLIDARIA A PRIMER REQUERIMIENTO de la entidad CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR como avalista. Al declararse la firmeza de la sentencia condenatoria, se mantiene hasta la fecha en el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón bajo la custodia del Secretario el citado documento de aseguramiento, pues ha de ser a través de ese Juzgado cómo se gestiona con CAJASTUR la realización del aval para dar inmediato y fiel cumplimiento a la sentencia cuya ejecución se resuelve a medio de la presente resolución, tal como se desprende textualmente del propio documento. El texto del documento de garantía, salvo el encabezamiento que, por irrelevante, omitimos, es del siguiente tenor:

A V A L A

Solidariamente a MINA LA CAMOCHA, S.A., con C.I.F. A-33770843, ante el JUZGADO DE LO SOCIAL NUM. 2 DE GIJON, LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS y LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, hasta la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE CON CINCUENTA Y NUEVE EUROS (365.197,59 Euro/s), para responder de la cantidad objeto de condena, excluidos intereses, costas y cualquier otra responsabilidad económica, fijada en la sentencia de fecha 17 de mayo de 2005, dictada en los Autos 687/2004 por el Juzgado de lo social n.º 2 de Gijón, al objeto de interponer RECURSO DE SUPPLICACION ante la SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS.

Dicho importe se refiere al concepto de DIFERENCIAS ECONOMICAS A FAVOR DE LOS DEMANDANTES en los referidos autos.

Este aval tendrá validez hasta que por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUM. 2 DE GIJON se autorice su cancelación, comprometiéndose CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS a atender, al primer requerimiento y hasta el importe máximo garantizado,

todas las peticiones que en relación con el mismo le sean formuladas POR EL JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 2 DE GIJÓN, LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS O LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO si a ello hubiere lugar.

El presente aval ha sido inscrito en esta misma fecha en el Registro Especial de Avaluos con el n.º 41.816, cta. 004-980006135.

En Oviedo, a treinta y uno de mayo de dos mil cinco.

QUINTO.- con idéntico amparo procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia por la parte recurrente infracción en el Auto impugnado del artículo 228 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establece:

«Cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del beneficio de justicia gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de créditos y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del Juzgado o de la Sala de instancia, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista.»

El objeto de la consignación recogida en este artículo persigue, según el Tribunal Constitucional y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo una triple finalidad:

- 1) Disuadir de la interposición de recursos con efectos meramente dilatorios. En definitiva, se trata de evitar un uso abusivo o de mala fe de los recursos por parte de quien pretende única y exclusivamente perjudicar a la parte procesal contraria, dilatando en la medida de lo posible la eventual ejecución firme de la sentencia aún a sabiendas de la poca viabilidad de su pretensión.
- 2) Garantizar la ejecución o cumplimiento de la sentencia.
- 3) Consagrar el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

En cumplimiento de la obligación impuesta en este artículo y a solicitud de MINA LA CAMOCHA, S.A., sin duda alguna debido también al interés social que trataba de protegerse, a través de los instrumentos jurídicos que ambas partes, y con exclusivos efectos jurídicos entre ellas, tuvieron por conveniente y que suscribieron en fecha 1 de junio de 2005 y a los que se refiere la representación procesal de la empresa en su escrito de alegaciones al presente recurso de suplicación, la CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR otorgó un AVAL SOLIDARIO A PRIMER REQUERIMIENTO, es decir, asumió la responsabilidad solidaria, no subsidiaria como expone la empresa en sus alegaciones pese a la claridad literal del texto del propio aval en consonancia con el artículo 228 LPL, convirtiéndose, en su condición de garante solidario, también en deudor solidario, junto con la empresa, de esta concreta obligación impuesta por decisión judicial, lo que faculta, en este caso y en la presente situación a los trabajadores recurrentes, para interesar y obtener el cumplimiento inmediato y efectivo de la condena de la sentencia, a dirigirse de manera indistinta frente a dicha

entidad bancaria como garante a primer requerimiento, o frente al deudor principal, lo que en las actuales circunstancias, al hallarse el deudor principal MINA LA CAMOCHA S. A. en concurso de acreedores desde el 15/01/2008, no es posible, debiendo quedar en suspenso, tal cual se halla ahora, la ejecución inicialmente dirigida el 18/01/2008 frente a MINA LA CAMOCHA S.A. cuyo patrimonio constituye la masa activa del concurso de acreedores y dirigirla, como han hecho los recurrentes siendo la petición desestimada por el Juzgado de lo Social, frente a la entidad bancaria garante solidaria a primer requerimiento del cumplimiento efectivo e inmediato de la condena. En su apoyo citan los recurrentes la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1.990, en la cual consta que «al asumir el fiador la solidaridad y renunciar al beneficio de excusión, aquel asumió la deuda como propia, quedando así obligado de idéntica manera que el deudor principal, pudiendo, en consecuencia, ser compelido por el acreedor en primer término y con independencia del afianzado, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriedad propia de la fianza normal.»

Sin embargo, no podemos perder de vista que el principal interés de la empresa condenada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón era, en aquel año de 2005, recurrir en todas las instancias del orden jurisdiccional Social con la finalidad de obtener una resolución judicial favorable de esta Sala de lo Social o del Tribunal Supremo. Había en juego sesenta millones de las antiguas pesetas. La empresa parece olvidar esta situación, que data ya de hace cinco años, y que a ella, merced al Aval otorgado por CAJASTUR, le permitió un mayor margen de maniobra en todos los sentidos y una mayor y mejor posición económica y financiera durante todos estos años. Pero tampoco se puede olvidar el hecho de que, por otra parte y por la misma razón, estos ciento ochenta trabajadores llevan esperando a percibir lo que legalmente les corresponde desde hace cinco años.

Otro aspecto esencial de la cuestión que ha de tenerse en cuenta es que el aval solidario de CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR, que le permitió a la empresa recurrir la primera sentencia de 2005 del Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón hasta la última instancia jurisdiccional del Tribunal Supremo, supone, al propio tiempo, de confirmarse (como se confirmó) la resolución impugnada, una garantía firme y segura para el abono de las cantidades objeto de la condena que aquélla hubiera impuesto, garantía de la Caja de Ahorros de Asturias-CAJASTUR, que, como veremos, no puede dejarse sin efecto o desactivarla como consecuencia de la declaración del concurso de acreedores, así como tampoco destinarla a otros fines distintos de aquellos para los que fue otorgada en 2005, tal como constan expresamente en el documento del aval.

La consignación es «indispensable», según el art. 228 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), para que se admita el recurso de suplicación o casación. El efecto, conforme al art. 202.1 LPL es que «cuando la Sala confirme la sentencia y el recurrente haya consignado las cantidades a las que se refiere la presente Ley, el fallo condenará a la pérdida de las consignaciones, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme», efecto que reitera en los arts. 215, 223 y 226.2 y 3 LPL.

Ya desde la STC 3/1983, de 25 de enero, se admitió la constitucionalidad de esta exigencia de consignación, aunque reclamando alguna flexibilidad de los tribunales a la hora de permitirla, facilitando que pudiera realizarse no sólo en metálico, sino mediante

otros instrumentos, como el aval bancario, como sucede en este caso. Incluso, como admitió la STC 30/1994, de 27 de enero, a través de garantía hipotecaria, precisamente por las dificultades de una empresa quebrada para obtener un aval bancario, doctrina que la STC 64/2000, de 13 de marzo, matiza para casos en que no se encuentre el recurrente en tal extrema circunstancia, determinándose finalmente, sin que haya lugar a interpretaciones, que los únicos instrumentos hábiles para el recurso eran la consignación en metálico y el aval bancario con carácter solidario.

Como quien constituyó el aval para cumplir con el requisito de consignación para acceder a los recursos que interpuso, todos ellos desestimados, ha sido declarada en situación de concurso voluntario, habrá que tener en cuenta que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), establece un tratamiento específico a los créditos que existieran antes de la declaración de concurso, los concursales. Pero esa circunstancia no supone que, en este caso, exista un crédito concursal de los trabajadores demandantes frente a la empresa hoy declarada en concurso. En efecto, podemos decir que no hay crédito cuando ya se ha consignado, para garantizar el cumplimiento, con anterioridad al momento en que se declaró el concurso. La STC 64/2000, de 13 de marzo, dice respecto a la exigencia de consignación que «el sentido del referido requisito (cuyo indudable rigor no determina, no obstante, su inconstitucionalidad), no es sólo el de garantizar la ejecución futura, sino el de asegurar un rápido cumplimiento de la sentencia de condena una vez que alcance firmeza, sin dilatorios trámites de ejecución».

La cantidad consignada, en este caso a medio de aval solidario a primer requerimiento, no es un crédito que los trabajadores dispongan o tengan contra la deudora concursada que los empleaba. Es, como dice la doctrina constitucional, la forma de garantizar la ejecución de la sentencia. Por lo tanto los demandantes tienen derecho a percibirla, cualquiera que sea la situación, concursal o no concursal, de la empresa. Si ésta es una situación no concursal, no sería admisible una tercería frente a la cantidad consignada, porque se incumpliría su finalidad procesal. Declarada la deudora MINA LA CAMOCHA S.A. en concurso, tampoco puede ir su importe a la masa, como no van los pagos realizados antes de la declaración, las nóminas o salarios satisfechos, los suministros atendidos, los seguros abonados, los préstamos atendidos o las cantidades abonadas a terceros con anterioridad a la declaración de concurso, o el tan aludido, en las alegaciones de la empresa al presente recurso, instrumento jurídico de pignoración de un supuesto depósito bancario constituido el 1 de junio de 2005, en cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones.

Si no hubiera consignación o aval bancario solidario no habría habido recurso, ni la demora procesal que, en un caso como éste, se ha producido al acudir a diversas instancias. En consecuencia, la consignación garantiza la eventual ratificación de la resolución judicial atacada mediante los sucesivos recursos. Si, como es el caso, no se produjo modificación, el pago ha de verificarse porque estaba garantizado desde el momento mismo en que se consignó o se presentó el aval solidario a primer requerimiento, como dispone el art. 202.1 LPL. No hay un crédito concursal, porque la desestimación de los recursos supone que la obligación se cumple desde que se consignó, aunque no hubiera habido entrega efectiva a los acreedores.

En definitiva, todas y cada una de las finalidades que persigue la consignación o el aseguramiento mediante aval bancario, tienen un único denominador común, servir al cumplimiento efectivo e inmediato de la sentencia. Tal como señala la citada sentencia

64/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional: «Además de lo expuesto debe tenerse en cuenta que el sentido del referido requisito (cuyo indudable rigor no determina, no obstante, su inconstitucionalidad), no es sólo el de garantizar la ejecución futura, sino el de asegurar un rápido cumplimiento de la sentencia de condena una vez que alcance firmeza, sin dilatorios trámites de ejecución; de ahí la garantía de liquidez propia de la fórmula legal sustitutoria, asentada sobre las bases de una solvencia «prima facie» indiscutible del avalista, y de la solidaridad del aval, que elimina la dilación que en otro caso se derivaría del posible beneficio de excusión del fiador (arts. 1830 y 1831 CC) y de la necesidad de realizar el objeto de la garantía. Pues, como se ha declarado en la STC 99/1989, de 5 de junio, F. 5, la finalidad de la consignación «no es simplemente la de garantizar la ejecución de la sentencia, sino más propiamente la de asegurar la «inmediata» ejecución y ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena, la cual resulta así de ineludible cumplimiento...».

SEXTO.- Con el mismo amparo procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia por los recurrentes infracción de los artículos 235. 5 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con los artículos 8.3 y 55.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Al respecto establecen

1º.- Ningún perjuicio patrimonial produce a la concursada, MINA LA CAMOCHA, S.A. EN LIQUIDACION, el hecho de que esta parte solicite la ejecución del aval solidario a primer requerimiento otorgado en las actuaciones origen de la presente ejecución, frente a la entidad avalista CAJASTUR, puesto que la misma no es objeto de concurso, y por lo tanto, no le resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de Julio. Quiere con ello expresarse que el pasivo de la empresa concursada no se verá alterado en su cuantía por la ejecución del aval solidario a primer requerimiento, cuyo efecto sería la subrogación del avalista en la posición del acreedor satisfecho y por el importe pagado. El apartado 6 del artículo 87 de la citada disposición establece que «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero, se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador...». Es decir, regula claramente la consecuencia de que sea CAJASTUR, como avalista solidario a primer requerimiento, la que abonara los créditos de los acreedores ejecutantes, y dicha consecuencia entendemos sería el hecho de que su crédito se reconocería por su importe sin limitación alguna, sustituyendo a todos los efectos a las personas de los acreedores originarios.

2º.- Que la sentencia debe ser cumplida realizando el aval por el Juzgado de lo Social N.º 2 de Gijón y no por el Mercantil resulta del artículo 8.3ª de la Ley Concursal, a sensu contrario, por cuanto que la competencia que se dice exclusiva y excluyente del Juez Mercantil lo es cuando la ejecución lo sea sobre bienes y derechos del concursado, lo que, como es evidente, no es del caso, pues se trata de hacer inmediatamente efectivo el cumplimiento de la condena judicial, de ejecutar o realizar el aval de CAJASTUR, entidad, evidentemente, distinta del obligado principal. A mayor abundamiento, el propio texto literal del AVAL encomienda al orden jurisdiccional social la ejecución del mismo. Diferir la ejecución solicitada al Juez de lo Mercantil, como se establece en el Auto impugnado y alega la representación procesal de MINA LA CAMOCHA S. A., contravendría el derecho de la parte recurrente al Juez natural predeterminado por la Ley tal y como viene recogido en el artículo 24.1 de la Constitución pues, como ya se expuso, es contra el avalista o garante CAJA DE AHORROS ASTURIAS-CAJASTUR

contra quien se dirige la acción ejecutiva, no contra el patrimonio de la empresa como deudora principal afecto por el concurso para hacer realidad la «par conditio creditorum». Dicho en otros términos, la ejecución de la sentencia no lo es sobre el patrimonio de la concursada sino sobre el aval otorgado por el importe de la deuda, como garantía, por un tercero (CAJASTUR), por lo que en este caso no resultaría aplicable la cláusula de exclusividad jurisdiccional del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Oviedo, que tramita el concurso de la empresa.

3ª.- La naturaleza jurídica del aval solidario a primer requerimiento, supone una garantía autónoma, independiente de los contratos o compromisos u obligaciones contraídas por la empresa MINA LA CAMOCHA S.A. con CAJASTUR para que esta entidad le otorgara el Aval solidario a primer requerimiento para hacer frente a los créditos de los trabajadores acreedores en el presente proceso. Este instituto jurídico existe y se utiliza, precisamente, en los supuestos en los que, por cualquier circunstancia, la empresa como deudor originario de las cantidades objeto de condena no cumpliera con sus obligaciones; luego es contrario al propio sentido jurídico de la citada garantía a primer requerimiento que el incumplimiento de la empresa obligada al pago perjudique aquella, establecida a favor del acreedor para hacer frente a esa concreta situación. El aval solidario, único medio de aseguramiento permitido legalmente como sustitutivo de la consignación en metálico de la condena y en igualdad de condiciones con ésta, ex artículo 228 LPL, lo que no es predicable ni de la hipoteca ni de otros medios de garantía, sólo habrá respondido a su naturaleza jurídica y habrá cumplido su efectiva misión, cuando al trabajador se le haya abonado o retribuido el total de la deuda objeto de la condena judicial cubierta o garantizada por el aval solidario a primer requerimiento. Por ello, nunca este Aval «AD HOC» podría ser remitido para su integración en la masa activa del concurso ni formar parte de él, por cuanto que está ligado de manera autónoma, independiente, «per se» e indisolublemente al cumplimiento efectivo e inmediato de la obligación impuesta por la sentencia dictada; lo contrario, originaría una situación de desigualdad prohibida en nuestro ordenamiento jurídico (ex art. 14 CE).

SEPTIMO.- Además, no se vulneran las previsiones de los arts. 8, 49, 55 y 76.1 LC, puesto que no nos encontramos ante la ejecución «frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualesquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado» (art. 8.3º LC, y en semejante sentido, art. 86 ter 1.2º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). En primer lugar, porque afecta a un tercero, la entidad que prestó el aval, y no el concursado. No se trata, por lo tanto, de bienes que constituyan la masa activa del deudor concursado en el sentido que dispone el art. 76.1 LC, porque un aval no forma parte de ese patrimonio. Si se ejecuta, la entidad financiera que atienda esa obligación --como debe conforme al art. 61 LC--, podrá comparecer luego como acreedor en el concurso.

Puede pretenderse que la afectación no es directa, sino indirecta. Sin embargo la norma concursal ha sido clara, y si se quisiera que cualquier acto que tuviera reflejo en el patrimonio del concurso fuera competencia del juzgado que lo tramita, habría atribuido a éste la reclamación que el concursado formula frente a terceros, lo que expresamente excluye en el art. 8.1º LC cuando limita su competencia objetiva a las acciones que se dirijan «contra» el patrimonio del concursado.

En segundo lugar porque los demandante no son, estrictamente, sólo acreedores del deudor concursado en el sentido que dispone el art. 49 LC. Lo son, pero además pueden dirigirse contra el aval solidario a primer requerimiento constituido por un tercero (CAJASTUR) de modo que no quedan integrados en la masa pasiva del concurso si lo hacen. Igual que las entidades financieras cuando disponen de un crédito contra la concursada y sus avalistas optan, legítimamente, por dirigirse contra estos últimos huyendo del procedimiento concursal, pueden los demandantes de este procedimiento hacer otro tanto, y dirigirse contra el avalista no concursado de la empresa a la que afianzan, aunque ésta haya sido declarada en concurso.

Por último, porque el 8-3º y 55 LC no son de aplicación en tanto que, como se ha reiterado, no se dirige la ejecución contra el patrimonio del deudor declarado en concurso, sino contra el de un tercero, la entidad bancaria (CAJASTUR) que avaló la garantía o consignación. La propia Ley Concursal dispone un tratamiento semejante para los casos en que el deudor concursando es sólo tercer poseedor del préstamo garantizado con hipoteca por un tercero, como señala su art. 56.4. En este caso, aunque el concursado sea el deudor por el préstamo garantizado por un tercero, o poseedor de la finca afectada por dicho gravamen, la suspensión de la ejecución como consecuencia de la declaración de concurso no se produce, porque la ejecución hipotecaria atañe a un bien inmueble que no forma parte del patrimonio del concursado.

No puede por ello negarse ejecución para hacer efectivo el aval que garantizaba la consignación y consiguiente abono efectivo inmediato de las cantidades objeto de la condena. La consignación o la garantía no forman parte del patrimonio del deudor, pues desde que se constituyen quedan afectas al cumplimiento de la obligación procesal para la que se ha dispuesto legalmente. Pero además no se trata de una materia competencia del juez del concurso, pues no afecta, al menos directamente (contrariamente a lo señalado por la representación procesal de MINA LA CAMOCHA S. A) al patrimonio del concursado, sino al de un tercero que se comprometió a atender sus obligaciones, y que luego podrá, como señala el art. 87.6 LC, comparecer en el concurso para usar de sus derechos.

OCTAVO.- Sentada la naturaleza solidaria del aval aportado, está claro que el mismo asegura las responsabilidades pecuniarias de la empresa condenada, es decir, todas y cada una de las obligaciones que puedan surgir para la misma, de forma exclusiva y excluyente, en el concreto procedimiento judicial hasta el máximo garantizado de 365.197,59 euros.

Por otro lado, tal como señalan igualmente los recurrentes, la nota común a las relaciones jurídicas de afianzamiento o garantía, es el hecho de que los trabajadores/acreedores, tienen un «ius electionis». Igualmente, las personas obligadas en virtud de tales relaciones, responden del cumplimiento íntegro de la prestación a las que tienen derecho los trabajadores/acreedores. La doctrina de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando las notas características del aval como garantía a primer requerimiento, siendo de destacar, en aras a la brevedad, alguna de las más clásicas de las sentencias dictadas al respecto. Así, la de 27 de octubre de 1992 establecía al respecto:

«SEGUNDO.- ... 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 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 (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...»

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 julio de 2002: CUARTO.- «La jurisprudencia ha sido reiterada respecto al aval a primer requerimiento. El concepto es expresado por las sentencias de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero de 2000, 30 de marzo y 5 de julio de 2000: 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; no 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.

Todas las sentencias citadas destacan el carácter independiente, no accesorio, del aval a primer requerimiento, como una nueva modalidad de garantía personal, por la que el fiador realiza el pago al beneficiario, como obligación distinta del contrato cuyo cumplimiento ha sido garantizado: lo reitera las de 12 de julio de 2001 y 29 de abril de 2002.»

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), de 9 diciembre

«...el contrato celebrado entre las partes constituye un aval a primer requerimiento, en cuya virtud «el garante se obliga a pagar a primer requerimiento del beneficiario la cantidad pactada en la garantía». Este tipo de garantías ha sido adoptado en las Reglas uniformes sobre garantías a demanda (documento aprobado el 3 de diciembre de 1991), de la International Chamber of Commerce, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y cartas de crédito contingentes, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1995.

Este Tribunal ha admitido este tipo de garantías y ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el propio concepto y sobre su admisión. La sentencia de 31 de mayo de 2003, entre otras, pone de relieve que las fianzas a primer requerimiento están admitidas por la jurisprudencia y se reconoce su «función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio del requerimiento practicado»...Esta cláusula define el tipo contractual, que es distinto de la fianza, siendo una garantía totalmente autónoma y no accesoria, como afirman las sentencias de esta Sala de 27 de octubre de 1992 y 17 de febrero y 13 de diciembre de 2000.»

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), de 1 octubre

«TERCERO.- La característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial), por lo que no es menester que para la efectividad de la garantía se demuestre el incumplimiento de la obligación garantizada, sino que basta con la reclamación del deudor para hacer efectivo el cumplimiento de ésta (SSTS de 11 de julio de 1983,, 14 de noviembre de 1989, 2 de octubre de 1990, 27 de octubre de 1992, 3 de mayo de 1999, 10 de noviembre de 1999, 17 de febrero de 2000, 30 de marzo de 2000, 5 de julio de 2000, 13 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2001, 14 de noviembre de 2001, 29 de abril de 2002, 5 de julio de 2002, 31 de mayo de 2003, 12 de noviembre de 2003, 28 de mayo de 2004, 27 de septiembre de 2005, y 9 de diciembre de 2005).

Como recuerda esta última STS de 9 de diciembre de 2005, este tipo de garantías ha sido adoptado en las Reglas uniformes sobre garantías a demanda (documento aprobado el 3 de diciembre de 1991), de la International Chamber of Commerce, y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y cartas de crédito contingentes, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1995.

De la jurisprudencia que acaba de citarse se desprende que el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad (arts. 7 y 1255 del Código civil), no puede desvincularse en cualquier circunstancia --al menos cuando no se ha incluido la cláusula «sin excepciones»-- de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza (art. 1827), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto (según declara expresamente la STS de 27 de septiembre de 2005, recurso 80/1999) y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde,

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 [excepción de dolo], que constituye una limitación que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría en la que ni siquiera parece que pueda incluirse el aval a primer requerimiento, a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del art. 1277 CC...»

En definitiva, y por todo ello, procede estimar el recurso de suplicación, dejar sin efecto el auto recurrido y acordar, en su lugar, que se despache ejecución frente al avalista CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR para hacer entrega a los trabajadores recurrentes, con el importe de la garantía del aval, de las cantidades que derivan de la sentencia cuya ejecución se insta

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

ESTIMAR el RECURSO DE SUPPLICACION interpuesto por D. JUAN SANCHEZ DE LA CRUZ, Graduado Social, en representación de D. PEDRO y 107 trabajadores más que se relacionan en hoja anexa, asistido del Letrado JORGE MURALL DE PABLOS, contra el Auto de fecha 12 de Junio de 2008 dictado por el Juzgado de lo Social N.º 2 de Gijón, que a su vez desestima el RECURSO DE REPOSICION interpuesto contra el Auto de 2 de mayo de 2008 en el Proceso de Ejecución n.º 33/08, dimanante de los autos n.º 687/2004 del mismo Juzgado, seguidos a instancia de los recurrentes, revocando el Auto impugnado, y, en consecuencia, disponer que por el Juzgado de instancia se despache la ejecución de la sentencia firme interesada, cuyo cumplimiento efectivo e inmediato está garantizado por el AVAL SOLIDARIO A PRIMER REQUERIMIENTO otorgado por CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS-CAJASTUR el 31 de mayo de 2005, procediendo a la realización del mismo para dar cumplimiento inmediato a la condena líquida establecida en la parte dispositiva de la sentencia dictada por esta Sala por importe total de 365.197,59 euros, según las cantidades que constan para cada uno de los recurrentes, sin intereses ni costas conforme establece el Aval. Se mantiene entre tanto el aval como garantía del cumplimiento de la sentencia en cuanto a la cantidad reconocida en la misma.

Notifíquese la presente resolución al Juzgado N.º 1 de lo Mercantil de Oviedo ante el que se tramita el Procedimiento de Concurso de Acreedores de MINA LA CAMOCHA S.A. EN LIQUIDACION (CONCURSO ORDINARIO 845/2007).

RELACION NOMINAL DE RECURRENTES

D. Pedro y 107 trabajadores más.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia cabe recurso de casación para unificación de doctrina, en el plazo de diez días para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo acreditarse al personarse en ella haber efectuado el depósito especial de 300,51 euros en la cuenta número 2410, clave 66, que dicha Sala

tiene abierta en el Banco Español de Crédito de Madrid, si fuera la empresa condenada quien lo hiciere, notifíquese a la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y líbrese, para su unión al rollo de su razón, certificación de esta resolución, incorporándose su original al correspondiente libro de sentencias. Notifíquese a las partes y una vez firme devuélvase a los autos originales al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la presente.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.