



Roj: STS 737/2014
Id Cendoj: 28079110012014100098
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 476/2012
Nº de Resolución: 77/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por la entidad Banco Pastor S.A., representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

Es parte recurrida la entidad La Reserva de Marbella S.L., representada por la procuradora María Teresa de Donesteve y Velázquez-Gaztelu.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María Teresa de Donesteve y Velázquez-Gaztelu, en nombre y representación de la entidad La Reserva de Marbella S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, contra la entidad Banco Pastor S.A., para que se dictase sentencia:

"por la que: - Se condene a Banco Pastor S.A. a abonar a mi mandante la cantidad reclamada de un millón ciento sesenta mil veinticuatro euros con un céntimo (1.160.024,01 #), más los intereses legales desde el 25 de agosto de 2009.

- Se condene a la referida entidad bancaria al pago de las costas de este procedimiento."

2. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la entidad Banco Pastor, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas a la parte actora por su temeridad y mala fe."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 46 de Madrid dictó Sentencia con fecha 15 de abril de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. María Teresa de Donesteve y Velázquez-Gaztelu, en representación de La Reserva de Marbella, S.A., contra Banco Pastor S.A. debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas contra ellas.

Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandante."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad La Reserva de Marbella S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 18 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por representación procesal de La Reserva de Marbella, S.L., debemos revocar y revocamos íntegramente la Sentencia pronunciada a 15 de abril de 2011 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 46 de Madrid en los autos de Juicio Ordinario seguidos bajo el número 1793/2009 a instancias de La Reserva de Marbella S.A. contra Banco Pastor, S.A., y en su lugar dictamos una nueva resolución en la que condenamos a la demandada a abonar al actor la cantidad de un millón ciento sesenta mil veinticuatro euros con un céntimo de euro (1.160.024,01 #) con sus intereses legales desde el 25 de agosto de 2009, con condena al actor de las costas originadas en 1ª Instancia y sin hacer especial condena de las originadas en esta alzada."

5. Instada la aclaración de la anterior resolución por la representación de la entidad La Reserva de Marbella S.A., la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, dictó Auto de fecha 12 de diciembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"La Sala acuerda: Rectificar el error material manifiesto sufrido en el Fundamento Sexto de la Sentencia de fecha 18 de octubre de 2011, en el único sentido que donde figura: "... con condena al actor de las costas originadas en 1ª Instancia y sin hacer especial condena de las originadas en esta alzada", debe figurar: "... con condena a la parte demandada de las costas originadas en 1ª Instancia y sin hacer especial condena de las originadas en esta alzada", y donde figura en el Fallo "... con condena al actor de las costas originadas en 1ª Instancia y sin hacer especial condena de las originadas en esta alzada" debe figurar: "... con condena a la parte demandada de las costas originadas en 1ª Instancia y sin hacer especial condena de las originadas en esta alzada."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

6. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la entidad Banco Pastor S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

- 1º) *Infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española .*
- 2º) *Infracción de los arts. 216 y 217 de la LEC en relación con el art. 326.1 de la LEC .*
- 3º) *Infracción del art. 24 de la Constitución Española .*
- 4º) *Infracción del art. 24 de la Constitución en relación con el art. 120.3 del mismo Texto Legal .*
- 5º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC .*
- 6º) *Infracción de los arts. 18 y 267 de la LOPJ en relación con los arts. 207 , 214 y 215 de la LEC , e infracción de los derechos reconocidos en los arts. 9.3 y 24 de la Constitución .*
- 7º) *Infracción de los arts. 207 y 214 de la LEC ."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

- 1º) *Infracción del art. 1851 del Código Civil .*
- 2º) *Infracción del art. 1827 del Código Civil , párrafo 1º.*
- 3º) *Infracción del art. 1281.1 del Código Civil en relación con los arts. 1254 y siguientes y 1079 y siguientes del Código Civil ."*

7. Por diligencia de ordenación de 13 de febrero de 2012, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Pastor S.A., representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén; y como parte recurrida la entidad La Reserva de Marbella S.L., representada por la procuradora María Teresa de Donesteve y Velázquez-Gaztelu.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 13 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal del "BANCO PASTOR S.A.", contra la Sentencia dictada, por

la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) con fecha 18 de octubre de 2011, en el rollo de apelación 451/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1793/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid."

10. Dado traslado, la representación procesal de la entidad La Reserva de Marbella S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 4 de julio de 2006, la sociedad La Reserva de Marbella, S.A. concertó un contrato de ejecución de obra con aportación de materiales (un hotel de cuatro estrellas) con la constructora Bruesa Construcciones, S.A.

En la cláusula 7ª del contrato se pactó un plazo para la ejecución de las obras, que debían entregarse a la propiedad antes de que se cumplieran 22 meses desde la fecha del contrato. En caso de retraso por causas imputables a la constructora, se pactó una pena de 10.000 euros diarios.

En la cláusula 8ª del contrato se convino que la constructora debía entregar a la propiedad un aval bancario a primer requerimiento, para cubrir cualquier responsabilidad por vicios o defectos en la construcción, o por retraso en la entrega de la obra terminada. El aval fue otorgado por Banco Pastor, S.A., el 25 de octubre de 2006.

El 11 de enero de 2008, La Reserva de Marbella, S.A. y Bruesa Construcciones, S.A. firmaron un convenio en el que, "atendiendo a la solicitud expresa de la constructora se fija como nueva y definitiva fecha para la terminación de la obra el día uno de diciembre de 2008". Y se añadía, que "si se produjesen retrasos de la obra por causas imputables a la constructora, se establece que esta abone a al propiedad la cantidad de 20.000 euros día hasta la finalización".

Las obras concluyeron el 19 de marzo de 2009, según el certificado emitido por la dirección facultativa, que deja constancia de un retraso de 107 días.

2. La Reserva de Marbella dirigió un requerimiento a Banco Pastor para que con cargo al aval se le abonaran el importe de la sanción por retraso y otras responsabilidades cubiertas por dicho aval, hasta la cuantía de 1.160.024,01 euros. Ante la negativa del banco avalista, presentó la demanda de juicio ordinario que dio inicio al presente procedimiento, en la que pedía la condena del banco al pago de aquella cantidad, en ejecución del aval a primer requerimiento.

En primera instancia se desestimó esta pretensión, porque el juez entendió que la novación del contrato, en concreto del plazo de entrega de las obras y del importe de la pena en caso de retraso, no fue consentida por el banco avalista, por lo que, en virtud de lo prescrito en el art. 1851 CC, con tal novación quedó extinguida la fianza.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y estima totalmente la demanda, al entender que la fijación de un nuevo plazo de vencimiento de la obligación y la modificación de la penalización por retraso (20.000 euros día), "no supone en absoluto que el avalista se obligue a más de lo que se obligó al suscribir el aval", por lo que entiende que "la modificación de las condiciones no le influye en absoluto porque a resultas de las mismas no avala más, no se obliga a más, debiéndose resaltar que la modificación de la fecha de entrega incluso le beneficia".

3. Frente a la sentencia de la Audiencia, Banco Pastor interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de siete motivos, y recurso de casación, que se articula en tres motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

4. *Formulación de los motivos primero y segundo*. El motivo primero se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, y se basa en la "vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE,

concretamente, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce el haber incurrido en error patente en la valoración de la prueba, palmario, irracional y/o arbitrario".

En el desarrollo del motivo se argumenta que "la valoración de la prueba documental privada efectuada en la sentencia recurrida es errónea, ilógica y arbitraria, en tanto que la referida sentencia afirma literalmente 'que la apelante ha reclamado conforme a los términos y condiciones previstos en el contrato mediante la presentación de los correspondientes certificados del arquitecto', y de la mera lectura comparativa de dichos certificados y lo establecido en el aval en relación al único contrato garantizado y sus condiciones (contrato de 14/06/2006), se desprende que lo que se aporta son unos documentos cuyo contenido (los cálculos económicos que contienen, y como parte esencial que son de los mismos, las indemnizaciones reclamables), toman como referencia lo estipulado en otro contrato -con sus condiciones particulares-, que mi mandante no garantizó, esto es, el acuerdo de 11/01/2008, y ello cuando el aval hace referencia expresa al contrato (y sus condiciones) de 2006, que es lo único que se garantiza".

El *motivo segundo*, que se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, denuncia la "infracción de las normas procesales reguladoras de la valoración de la prueba en documentos privados, concretamente al haber incurrido la sentencia en un error patente en la valoración de dicha prueba, palmario, irracional y/o arbitrario, con infracción de los arts. 216 y 217 LEC relativos a la carga de la prueba y a los principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba, en relación con el art. 326.1 LEC, sobre el valor probatorio de los documentos privados". Y en el desarrollo del motivo aclara que la valoración impugnada es la misma mencionada en el desarrollo del motivo anterior.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

5. Desestimación de los motivos primero y segundo. Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la Sentencia 326/2012, de 30 de mayo, "la valoración de la prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo)". En este caso la revisión de la valoración de la prueba impugnada no tiene cabida en este recurso extraordinario por infracción procesal pues no se refiere a una valoración de la prueba para la determinación de los hechos probados, sobre los que se apoya la valoración jurídica, sino a la misma valoración jurídica, en concreto, si afecta al aval el acuerdo posterior que modificó el plazo contractual de terminación de las obras y el importe de la penalización en caso de retraso. La valoración realizada por la Audiencia, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación.

6. Formulación de los motivos tercero, cuarto y quinto. Los tres motivos se apoyan en la misma consideración, que se transcribe en idénticos términos en el desarrollo de cada uno de los motivos: "la sentencia recurrida encierra en sí misma una extraordinaria contradicción que afecta a su necesaria coherencia interna. Así, tras establecer (en el fundamento de derecho cuarto) que se han producido modificaciones, por razón del contrato de 11/01/2008, consistentes en: '... la fijación de un nuevo vencimiento de la obligación, un precio incrementado en 3.500.000 euros y unas penalizaciones por retraso de 20.000 euros al día que duplica la penalización prevista en el contrato de 2006 de 10.000 euros día', concluye, en una pirueta que rompe la coherencia lógica del silogismo, que tales modificaciones 'no suponen en absoluto que el avalista se obligue a más de lo que se obligó al suscribir el aval' y que 'la modificación de las condiciones no le influye en absoluto porque a resulta de las mismas no avala más'. Se afirma que existe "un error que afecta al canon de razonabilidad que debe presidir e imbuir la construcción del fallo, impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la argumentación utilizada descansa en unas premisas que no encajan lógicamente con las conclusiones que de ellas se tratan de derivar".

El *motivo tercero* se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia la "vulneración de derecho fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, ya que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte por error manifiesto en la determinación de las premisas de las que parte en la argumentación determinante del fallo".

El *motivo cuarto* también se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia la "vulneración de derecho fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española, en relación con el art. 120 de la misma, concretamente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce indefensión en mi mandante por falta de motivación en las apreciaciones fácticas que conducen al fallo como primera premisa del silogismo jurídico en que consiste la sentencia".

El *quinto motivo* se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , y denuncia la "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente la infracción del precepto contenido en el apartado 2 del art. 218 LEC , en el inciso que establece que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, y deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón, constando una falta o deficiente motivación de la que la coherencia formal es una parte".

Procede desestimar los tres motivos por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación de los motivos tercero, cuarto y quinto . Bajo estos tres motivos lo que se impugna es el razonamiento seguido por la Audiencia para considerar que las modificaciones habidas en el contrato de obra, por las que se amplió el término para la entrega de la obra y el importe de las penalizaciones en caso de retraso, no afecta al aval que con anterioridad había otorgado Banco Pastor y que cubría la responsabilidad del contratista por retraso y por vicios y defectos en la ejecución de la obra. Se considera que esta apreciación constituye un error en la premisa de la que parte el razonamiento de la sentencia que concluye con la condena del recurrente.

Es cierto que en alguna ocasión, por ejemplo en la Sentencia 304/2009, de 12 de mayo , se ha llegado a estimar el recurso extraordinario por la infracción procesal basado en la existencia de un error manifiesto de carácter objetivo en la fijación de las premisas de las que parte la argumentación, haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto: «El derecho a la tutela judicial efectiva resulta vulnerado, según se desprende de la jurisprudencia del TC, cuando el órgano jurisdiccional incurre en un error manifiesto de carácter objetivo en el momento de fijar las premisas de las que se parte en la argumentación determinante de la conclusión sentada. En efecto, el TC, partiendo de la concepción del derecho constitucional a la tutela judicial como el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad e irracionalidad de los poderes públicos, declara reiteradamente que la fundamentación en Derecho «conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia» (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3 ; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3 ; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2 ; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6 ; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6 ; 325/2005, de 12 de diciembre, FJ 2 ; 61/2008, de 26 de mayo , FJ 4).»

Pero no es este el presente caso, pues el error que se imputa al razonamiento de la sentencia no es tanto de haber partido de una premisa objetivamente errónea, que distorsione la aplicación de la norma legal, como de no haber razonado adecuadamente en la determinación de la regla jurídica aplicable al caso, al entender que la reseñada modificación del término de cumplimiento del contrato de obra y de los importes de las penalizaciones no afectaba al aval otorgado a primer requerimiento. Al margen de que se esté o no de acuerdo con esta argumentación y de que, en cuanto valoración jurídica, podrían ser objeto de recurso de casación si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial, la disparidad de criterio en torno a la incidencia de la modificación del contrato de obra sobre el aval no justifica la nulidad de la sentencia por infracción procesal.

8. Formulación de los motivos sexto y séptimo . El *motivo sexto* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , y denuncia la "vulneración del principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes (artículo 18 y 267 LOPJ en relación con los arts. 207 , 214 y 215 LEC), fuera de los cauces legalmente previstos para ello, lo que a su vez constituye una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 9.3 y, sobre todo, 24, ambos de la Constitución ". Se afirma que la sentencia recurrida ha hecho un uso indebido del trámite legal de rectificación de errores materiales de la sentencia previsto en los arts. 214 LEC y 267 LOPJ , al modificar la sentencia de 18 de octubre de 2011 , en concreto, el pronunciamiento sobre las costas, que originariamente se imponían al demandante y con la modificación se le han impuesto al Banco demandado y ahora recurrente.

El *motivo séptimo* se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , "por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso". Se denuncia la vulneración de la garantía de la inmutabilidad de las sentencias firmes fuera de los cauces legalmente previstos para ello, como consecuencia de haberse modificado el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, por el trámite del recurso de aclaración o rectificación de errores del art. 214 LEC .

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

9. Desestimación de los motivos sexto y séptimo . Por medio de estos dos motivos se impugna la aclaración o rectificación de sentencia llevada a cabo por el tribunal de apelación, respecto del pronunciamiento sobre las costas de primera instancia. Como veremos a continuación, el uso realizado por el tribunal de instancia de este trámite de aclaración y rectificación de errores materiales fue correcto.

La sentencia de la Audiencia estimó íntegramente el recurso de apelación, lo que determinó la estimación íntegra de las pretensiones de la demandante. En aplicación de las reglas legales sobre imposición de costas, contenidas en el art. 394 LEC , la estimación íntegra de las pretensiones ejercitadas en la demanda y la correlativa desestimación de las pretensiones de la demandada, conllevaba como regla general la imposición de las costas de esa primera instancia a la parte demandada. Sin embargo, la sentencia de apelación, por un error que cabe calificar de trascripción, impuso las costas a la parte demandante. La rectificación de un error material como este, que resulta evidente de la lectura de la sentencia, tiene cabida por el cauce previsto en el art. 214 LEC , sin que con ello se vulnere la prohibición de invariabilidad de las sentencias una vez firmadas, pues constituye una de las salvedades expresamente previstas en la ley.

Recurso de casación

10. Formulación del motivo primero . Este motivo se formula sobre la base de la infracción del art. 1851 CC , según el cual " *la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza* ", al no haber sido tenido en cuenta. En el desarrollo del motivo se argumenta que el aval a primer requerimiento fue otorgado para garantizar las responsabilidades que pudieran derivarse de vicios o defectos en la ejecución de las obras, o retraso en su entrega, tal y como se previeron en el contrato de obra firmado entre la propietaria de las obras y el contratista, el día 14 de junio de 2006. La posterior modificación del término de entrega de las obras y del importe de las penalizaciones por retraso, por acuerdo entre contratista y comitente de 11 de enero de 2008, sin que se hubiera recabado el consentimiento del banco que había prestado el aval, constituye el supuesto de hecho contemplado en el art. 1851 CC , que lleva asociado la extinción de la garantía a consecuencia de la prórroga incontestada.

Procede desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

11. Desestimación del motivo primero de casación . Debemos partir de las premisas fácticas establecidas en la instancia. El aval otorgado por el banco demandado es un aval denominado a primer requerimiento, que garantizaba las responsabilidades en que pudiera incurrir el contratista, frente al dueño de la obra, por el retraso en la entrega de la obra contratada y, también, por los vicios o defectos de construcción.

El contrato de obra de 14 de junio de 2006, en el marco del cual se otorgó el aval a primer requerimiento, fijaba un término para el cumplimiento de la obligación de entrega de la obra, el 14 de abril de 2008 (22 meses a partir de la fecha del contrato), y la penalización por cada día de retraso, 10.000 euros/día.

El posterior acuerdo alcanzado entre el contratista y el dueño de la obra, el día 11 de enero de 2008, modificó el término para la entrega de la obra, al señalarse el día 1 de diciembre de 2008, y elevó el importe de la pena por cada día de retraso, que pasó a ser de 20.000 euros/día. Este acuerdo supone una novación del contenido de las obligaciones asumidas por el contratista, que a su vez se encontraban garantizadas por el banco mediante el aval a primer requerimiento.

12. A continuación, debemos tener presente el régimen legal de los efectos de la novación del contenido de la obligación garantizada, respecto de la fianza. La modificación de los términos de la obligación principal, en principio, no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador sólo le sea exigible el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos. Sin embargo, si la modificación afecta al plazo de cumplimiento y resulta de aplicación el art. 1851 CC , la fianza sí que se extingue como consecuencia de la prórroga.

Es cierto que "la característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (a diferencia de la fianza), en el que obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial" (Sentencia 671/2010, de 26 de octubre , con cita de las anteriores Sentencias 735/2005, de 27 de septiembre y 979/2007, de 1 de octubre), "de modo que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma" (Sentencia 783/2009, de 4 de diciembre). Pero lo anterior no es óbice para que, como se explica en la doctrina, siempre que no se trate de causas de extinción que provengan de la relación de valuta, el garante a primer requerimiento pueda oponerse al pago por las causas de los arts. 1851 y 1852 CC . Para que no fuera oponible la causa prevista en el art. 1851 CC , sería necesario que en el aval a primer requerimiento se hubiera hecho una renuncia expresa a ella, de lo que no queda constancia en este caso.

No obstante lo anterior, es preciso determinar si el señalamiento de un nuevo término para la conclusión de las obras, en este caso concreto, constituye el presupuesto previsto en el art. 1851 CC , que conlleva ineludiblemente la extinción de la fianza (en este caso, el aval a primer requerimiento).

En principio, una interpretación literal del precepto llevaría a entender que la ampliación del plazo para dar cumplimiento a la obligación de entrega de la obra, inicialmente prevista el 14 de abril de 2008, mediante la fijación de un nuevo término (1 de diciembre de 2008), constituye una prórroga que se concede por el acreedor al deudor, que, si no ha sido consentida por el fiador, liberaría a éste de la fianza. Pero esta interpretación, como se sostiene por una parte de la doctrina, debe atemperarse en atención a la *ratio* del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, "el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador".

13. A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que en nuestro caso no se cumple el presupuesto que justifica la regla contenida en el art. 1851 CC . La concesión de un nuevo término para la entrega de las obras, cuando la fianza cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso, no perjudica la eventual vía subrogatoria del fiador *solvens* , que en última instancia estaría supeditada al cumplimiento definitivo, sino que, como trata de argumentar la Audiencia, en este caso la prórroga beneficia al fiador pues, aunque no le vincule la novación, esta aminora el riesgo de tener que pagar la fianza al dejar de aplicarse la pena pactada al periodo comprendido entre el 14 de abril de 2008 y el 1 de diciembre de 2008. Sería un contrasentido que la ampliación del plazo para la entrega de la obra que beneficia no sólo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo de aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez constatada la duración del retraso, pueda legitimar al fiador para liberarse de la fianza.

14. Formulación del motivo segundo . Este motivo se basa en la infracción del art. 1827 CC , según el cual "la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella". En el desarrollo del motivo se argumenta que en la sentencia recurrida se extiende la garantía más allá de lo convenido en ella, ya que las condiciones fueron novadas con posterioridad al otorgamiento del aval, sin que el fiador haya consentido las nuevas condiciones. En concreto, el aval garantizaba la eventual obligación del deudor de tener que pagar una penalidad por cada día de retraso en la entrega de la obra de 10.000 euros/día, esta pena se incrementó más tarde a 20.000 euros/día, sin que el fiador prestara su consentimiento, y la condena al pago de la fianza cubre la penalidad calculada a 20.000 euros/día.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

15. Estimación del motivo segundo . Hemos de partir de lo expuesto en el fundamento jurídico 12, donde argumentábamos que, al margen de lo previsto en el art. 1851 CC , para el caso de prórroga, la modificación de los términos de la obligación principal, en principio, no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador sólo le sea exigible el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos.

De ahí que la novación de la obligación principal que tuvo lugar mediante el acuerdo alcanzado entre La Reserva de Marbella y Bruesa el día 11 de enero de 2008, que al tiempo que establecía un nuevo término para la entrega de las obras (1 de diciembre de 2008), doblaba la cláusula penal, al pasar de 10.000 euros por cada día de retraso a 20.000 euros/día, no le sea oponible al avalista. Este responde en los términos de la obligación garantizada, y por lo tanto tan sólo le es exigible la aplicación de la pena de 10.000 euros por día de retraso y no 20.000 euros.

Como se denuncia en el motivo, la sentencia recurrida infringe el art. 1827 CC , en cuanto que la condena extiende la fianza a más de lo que cubría. El efecto consiguiente, es, ya como tribunal de instancia, reducir el importe de la condena a lo que estaba cubierto por el aval. Este tenía una suma máxima garantizada de 1.160.024,01 euros, que fue la reclamada, sobre la base de que el importe de los defectos y las penalizaciones sobrepasaban esta cantidad. El certificado del arquitecto director de la obra cifra la indemnización por los vicios y defectos en 60.000 euros. Si sobre los 107 días de retraso, calculamos la pena por retraso a 10.000 euros/día, que fue lo cubierto por el aval, entonces, la obligación de pago por este concepto sería de 1.070.000 euros. Sumadas ambas cuantías, la obligación de pago del deudor cubierta por el aval sería de 1.130.000

euros, que es inferior a la suma máxima garantizada por el aval. De ahí que proceda reducir la cuantía objeto de condena a esta última cantidad.

16. La estimación del segundo motivo de casación hace innecesario entrar a analizar el tercero de los motivos.

Costas

17. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la condena a la parte recurrente al pago de las costas generadas por este recurso (art. 398.1 LEC).

Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por La Reserva de Marbella, S.A., razón por la cual no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso (art. 398.2 LEC).

La estimación en parte del recurso de apelación ha supuesto la estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede expresa condena en costas en primera instancia (art. 394 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Pastor, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14ª) de 18 de octubre de 2011, que resuelve el recurso de apelación (rollo num. 451/2011) interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid de 15 de abril de 2011 (juicio ordinario núm. 1793/2009), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Pastor, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14ª) de 18 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos la estimación en parte del recurso de apelación formulado por La Reserva de Marbella, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid de 15 de abril de 2011 (juicio ordinario núm. 1793/2009), en el sentido de condenar a Banco Pastor a pagar a la demandante, La Reserva de Marbella, S.A., la suma de 1.130.000 euros, más los intereses legales desde el 25 de agosto de 2009, sin que proceda expresa condena en costas ni en primera instancia ni en apelación. Tampoco imponemos las costas de la casación a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.