



Roj: **STS 4280/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4280**

Id Cendoj: **28079110012016100568**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **1829/2014**

Nº de Resolución: **582/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1127/2014,**
STS 4280/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 30 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal respecto de la sentencia núm. 154/2014 de 29 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1022/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao, sobre aval a primer requerimiento. El recurso fue interpuesto por Banco de Santander, S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistido por el letrado D. David Fernández de Retana Gorostizagoiza. Son partes recurridas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo y asistido por el letrado D. José Manuel Martínez de Bedoya; y, Sandamendi División Inmobiliaria, S.L.U. representada por el procurador D. Jesús Gorrochategui Erauzquin y asistido por el letrado D. Iñigo Palacio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Sandamendi División Inmobiliaria, S.L.U., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Banco Santander, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en la que estimando íntegramente la Demanda condene al BBVA a no pagar, en caso de que los ejecuten sus beneficiarios en cualquier momento, los avales bancarios a primer requerimiento cuyas copias se acompañan como Documentos números 7 bis y 8 bis con este Escrito, y condene a Banco Santander, S.A. a entregar a Sandamendi División Inmobiliaria, S.L.U., los originales de los avales a primer requerimiento que se encuentran en su poder cuyas copias se acompañan como Documentos números 7 bis y 8 bis con este Escrito, y condene a Banco Bilbao Vizcaya, S.A. y a Banco Santander, S.A. al pago de las costas causadas, salvo a aquélla o aquéllas de las demandadas que se allanen a la Demanda antes de contestarla».

La demandante solicitaba también que se notificara la demanda a Eliri Inversiones, S.L., y a Eiderlantz, S.L., conforme a lo previsto en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pudieran participar en el proceso si lo consideraran oportuno. También solicitó la adopción de medidas cautelares consistentes en que se prohibiera a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. pagar las cantidades avaladas hasta la finalización del proceso en primera instancia.

2.- La demanda fue presentada el 9 de agosto de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao y fue registrada con el núm. 1022/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.



3.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] para el caso de que por este Juzgado se condene a Banco Santander, S.A. a que devuelva los documentos de aval originales tenga por allanada a mi principal a la solicitud de condena a no proceder al pago de los mismos; asimismo, para el caso de que por ese Juzgado se desestime la demanda respecto de Banco Santander, S.A. y se declare su derecho a retener los documentos originales, se mantengan incólumes los derechos de esta parte frente a una eventual ejecución de los avales; todo ello sin condena en costas a esta Entidad».

Banco Santander, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que planteó las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda, falta de legitimación activa de Sandamendi División Inmobiliaria, S.L.U. y falta de litisconsorcio pasivo necesario, y solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la demandante.

Se notificó la existencia del proceso a Eliri Inversiones, S.L. e Eiderlantz, S.L., que no comparecieron.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao, dictó sentencia núm. 43/2014 de fecha 26 de febrero, con este fallo:

«Que estimando la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Jesús Gorrochategui Erauzquin, en nombre y representación de la mercantil Sandamendi División Inmobiliaria, S.L.U., debo condenar y condeno a la entidad bancaria BBVA, S.A., representada por el procurador D. Xabier Núñez Irueta, a no abonar los avales a primer requerimiento de fecha 30 de enero de 2007 en los que avalaba a la demandante frente a las mercantiles Eiderlantz, S.L. y Eliri Inversiones S.L. Asimismo, que se desestima la demanda interpuesta frente a Banco Santander, S.A., representada por el procurador D. Germán Ors Simón, a la que se absuelve de todos los pedimentos formulados contra la misma.

» Cada parte abonará las costas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco de Santander, S.A. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Sandamendi División Inmobiliaria, S.L.U, se opusieron al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 144/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 154/2014 en fecha 29 de mayo, cuyo fallo dispone:

«Con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Bilbao en autos de procedimiento ordinario nº 1022/13 de fecha 26 de febrero de 2014 y de que este rollo dimana debemos confirmar como confirmamos dicha resolución sin expresa imposición de costas».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- Banco Santander, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, basado en los siguientes motivos:

«Primero.- Por el cauce del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en concreto del artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, generando indefensión a Banco Santander».

«Segundo.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) en su dimensión de acceso a los recursos legalmente establecidos».

«Tercero.- Por el cauce del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales de la sentencia, en concreto del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de febrero de 2016, que acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Como antecedentes más relevantes para comprender las cuestiones objeto del recurso, puede resumirse que el 1 de febrero de 2007, Sandamendi División Inmobiliaria, S.L.U. (en lo sucesivo, Sandamendi) concertó con Eiderlantz, S.L. (en lo sucesivo, Eiderlantz) y con Eliri Inversiones, S.L. (en lo sucesivo, Eliri) sendos contratos de compraventa en los que Eiderlantz y Eliri vendían varias fincas a Sandamendi, pendientes de desarrollo urbanístico, por las que esta pagaría a cada una de las vendedoras 1.635.500 euros el 1 de febrero de 2014. Los contratos contenían una cláusula compromisoria.

Para garantizar dicho pago, Sandamendi entregó a Eiderlantz y Eliri sendos avales a primer requerimiento, ejecutables a partir del 1 de febrero de 2014, en los que Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en lo sucesivo, BBVA) avalaba a Sandamendi hasta la suma de 1.635.000 euros en cada uno de los avales, garantizando el pago de dicho importe a Eiderlantz, en uno de los avales, y a Eliri, en el otro, «a simple requerimiento por escrito una vez transcurridos 7 años a contar desde la escritura pública de compraventa que se suscribirá entre las partes con fecha 1 de febrero de 2007. La garantía contemplada en este documento, será asumida por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., sin condicionamiento alguno por su parte, con carácter solidario y con expresa renuncia a los beneficios de excusión, orden y división de los bienes de "Sandamendi División Inmobiliaria, S.L."».

Al día siguiente, compradora y vendedoras acordaron la novación del contrato y sustituyeron el pago del precio en metálico por la entrega de ciertos inmuebles que iban a construirse en las fincas vendidas. En el documento se estipulaba que la entrega de estos inmuebles estaría garantizada por los avales a primer requerimiento entregados por Sandamendi, así como que la entrega por Sandamendi de tales inmuebles a las vendedoras se haría simultáneamente a la devolución por estas de los avales recibidos en garantía del pago del precio.

2.- El 10 de mayo de 2007, Banco Santander, S.A. (en adelante, Banco Santander) otorgó dos créditos por importe cada uno de ellos de 1.635.000 euros a Compusa Plus, S.L. (en lo sucesivo, Compusa). Eiderlantz y Eliri fueron fiadoras solidarias de Compusa frente a Banco Santander, cada una de ellas en una de las pólizas de crédito. En tales pólizas acordaron «la cesión [por Eiderlantz/Eliri] en garantía prendaria a favor del Banco [Santander], que acepta, de los derechos de crédito de que es titular frente a Sandamendi [...], así como sus garantías accesorias, incluido el aval a primer requerimiento emitido por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. [...] la cesión en garantía prendaria que se acuerda en este acto no implica en ningún caso la transmisión de la titularidad del crédito ni subrogación del Banco en la posición contractual que tiene Eiderlantz, S.L./ Eliri Inversiones, S.L. en el contrato de compraventa, ni como beneficiario del aval, sino exclusivamente la indisponibilidad de los derechos de crédito para el pignorante y la facultad del Banco, como acreedor pignoraticio, de oponer frente a terceros el cobro preferente del efectivo metálico en que se puede llegar a materializar el citado derecho de crédito frente a Sandamendi [...] y frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, en su caso» (énfasis suprimido).

Esta operación fue notificada a Sandamendi y a BBVA el mismo día 10 de mayo de 2007, por conducto notarial que adjuntaba copia de las pólizas de crédito con afianzamiento en las que se acordaba tal pignoración.

3.- Tras sendos requerimientos notariales, en mayo de 2012, en los que Sandamendi requería a Eiderlantz y Eliri para que subsanaran sus incumplimientos de los contratos de compraventa concertados el 1 de febrero de 2007 en un determinado plazo, transcurrido el cual quedarían resueltos los contratos, Sandamendi inició en octubre de 2012 un procedimiento arbitral frente a Eiderlantz y Eliri, que finalizó por un acuerdo de las partes, homologado por laudo arbitral, en el que las partes acordaron resolver los contratos de compraventa, que Eiderlantz y Eliri devolvieran a Sandamendi los avales a primer requerimiento que aquella les entregó, la renuncia de Sandamendi a la indemnización por daños y perjuicios y la asunción por Sandamendi de las costas del arbitraje. Los documentos que contenían los avales no fueron devueltos a Sandamendi pues se encontraban en poder de Banco Santander.

4.- En agosto de 2013, Sandamendi interpuso una demanda, origen de este proceso, contra BBVA y Banco Santander, en la que solicitaba que se condenara a BBVA a no pagar los avales a primer requerimiento en caso de que fueran ejecutados por sus beneficiarios y que se condenara a Banco Santander a devolverle los documentos originales de dichos avales. Solicitó también que se adoptara la medida cautelar consistente en que «se prohíba temporalmente al BBVA que pague los avales a primer requerimiento [...] hasta que se dicte Sentencia en la primera instancia de este procedimiento», medida cautelar que fue adoptada por el juzgado.

A instancias de la demandante, se notificó la demanda a Eliri y a Eiderlantz, conforme a lo previsto en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pudieran participar en el proceso si lo consideraran oportuno, sin que estas sociedades se personaran en el litigio.



BBVA se mostró de acuerdo con las pretensiones de la demanda. Banco Santander se opuso a la demanda. Alegó las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandadas Eiderlantz y Eliri, y defecto en el modo de proponer la demanda, que fueron desestimadas en la audiencia previa. Alegó también la falta de legitimación activa de Sandamendi, que no había sido parte en los contratos en los que se acordó la cesión de los avales como garantía pignoratícia, que son el título que habilitaba a Banco Santander para ostentar la legítima tenencia de los avales. Se opuso a la pretensión de Sandamendi por razones de fondo, alegando que los avales a primer requerimiento eran garantías autónomas, independientes de los contratos de compraventa celebrados entre Sandamendi, como compradora, y Eiderlantz y Eliri, como vendedoras, y posteriormente novados, en los que son inoponibles las excepciones derivadas de dichos contratos pues el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que derivan de la garantía misma, por lo que la resolución contractual acordada por las partes contratantes carecía de trascendencia frente a Banco Santander.

5.- El Juzgado de Primera Instancia, tras desestimar en la audiencia previa las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y defecto en la forma de proponer la demanda, estimó la pretensión formulada frente a BBVA, ya que el derecho de crédito que ostentaban Eiderlantz y Eliri frente a Sandamendi se había extinguido, pues en el proceso arbitral se dictó un laudo que homologaba el acuerdo por el que las partes resolvían los contratos de compraventa de los que derivaba el crédito de cada una de esas entidades, y por tal razón, también se había extinguido el derecho que estas vendedoras ostentaban frente a quien avaló el pago del precio de las compraventas, BBVA.

Pero desestimó la pretensión de devolución del original de los avales formulada frente a Banco Santander, puesto que, aunque tal banco no era beneficiario de los avales y no podía ejecutarlos, sin embargo, era legítimo tenedor de los avales por la pignoración realizada a su favor por Eiderlantz y Eliri, en la que no había intervenido Sandamendi.

Y no impuso las costas por las serias dudas de derecho que la controversia suscitaba.

6.- Banco Santander apeló la sentencia. Impugnó el pronunciamiento por el que se condenaba a BBVA a no pagar los avales en caso de que fueran ejecutados por sus beneficiarios, y el pronunciamiento por el que no se hacía expresa condena en costas.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso. Respecto de la impugnación del primer pronunciamiento, consideró que Banco Santander carecía de legitimación para impugnarlo ya que no tenía gravamen, pues la sentencia del juzgado estimó la excepción de falta de legitimación activa que el propio Banco Santander había formulado, y el presunto perjuicio que podría suponer la condena de BBVA no era tal puesto que ese perjuicio podía ser reparado reclamando frente a quienes realmente los causan, que son las sociedades que pignoraron los avales para garantizar el préstamo concedido a Compusa. El art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afirmaba la Audiencia, exige que el litigante, para tener legitimación para apelar, se haya visto afectado por la resolución, por lo que la jurisprudencia exige que se discrepe del fallo de la sentencia, no de sus argumentos. Por tanto, consideró que en este extremo, el recurso no debió ser admitido, lo que en ese momento procesal suponía su desestimación.

Respecto de la segunda impugnación, la del pronunciamiento sobre costas, afirmó la existencia de las serias dudas de derecho que justificaron la decisión del juzgado por la complejidad de la cuestión sometida al debate jurídico y las complejas relaciones jurídicas concurrentes en el supuesto.

7.- Banco Santander ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal basado en tres motivos, que han sido admitidos.

Las causas de inadmisión formuladas por BBVA en su escrito de personación no solo fueron ya tácitamente desestimadas al dictarse el auto de admisión del recurso, sino que además son claramente improcedentes puesto que consisten justamente en argumentos de oposición a las cuestiones planteadas como motivos primero y segundo del recurso (fundamentalmente, que Banco Santander carece de legitimación para recurrir por no tener gravamen), lo que podría dar lugar a su desestimación, pero no a su inadmisión. Además, será discutible si existe gravamen para que Banco Santander pudiera recurrir la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Pero no puede discutirse, porque es evidente, que Banco Santander tiene gravamen para recurrir la sentencia de la Audiencia Provincial, que desestima plenamente su recurso de apelación, respecto de un pronunciamiento por considerar que era inadmisibles, y respecto del otro, por considerarlo infundado.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos primero y segundo.*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal lleva este encabezamiento:



«Por el cauce del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en concreto del artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , generando indefensión a Banco Santander».

2.- Los razonamientos que sustentan este motivo son, resumidamente, que la sentencia de la Audiencia Provincial realiza una aplicación manifiestamente irrazonable del art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al desconocer el gravamen que ocasiona a Banco Santander la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Al contrario de lo afirmado por la Audiencia Provincial, el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia impugnado por Banco Santander no fue su absolución por falta de legitimación activa de Sandamendi, sino la condena a BBVA a no atender la eventual ejecución de los avales a primer requerimiento, cuando la propia sentencia de primera instancia advertía que el único perjudicado por ese pronunciamiento era Banco Santander. Además, el art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no equipara el derecho a recurrir a la condición de "parte condenada", pues tal derecho asiste a las partes a quienes la sentencia ocasiona un gravamen y a los terceros afectados desfavorablemente por el efecto de cosa juzgada de la sentencia. Y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ocasionaba un perjuicio directo e inmediato a Banco Santander al provocar la ineficacia de hecho de los avales integrados en el patrimonio de dicho banco. Asimismo, rechazaba el argumento que excluía el gravamen porque Banco Santander podía repetir frente «a quienes han ocasionado la situación» (Eiderlantz y Eliri).

La privación del derecho a recurrir en apelación supondría una indefensión material con relevancia constitucional, según Banco Santander.

3.- El encabezamiento del segundo motivo es el siguiente:

«Por el cauce del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) en su dimensión de acceso a los recursos legalmente establecidos».

4.- Este motivo hace hincapié en el aspecto de indefensión a que hacía referencia el anterior motivo.

TERCERO.- Decisión de la Sala. El gravamen necesario para apelar.

1.- El art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «[c]ontra las resoluciones de los Tribunales y Secretarías Judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley».

La afectación desfavorable para la parte litigante, lo que ha venido en llamarse el «gravamen», constituye un presupuesto del recurso, que algunas resoluciones de esta Sala han conectado con la legitimación para recurrir, entendido el término legitimación en un sentido amplio. De ahí que, respecto del recurso de apelación, el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevea que la finalidad de este recurso estriba en que se revoque el auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, y que conforme al art. 461.1 de dicha ley , las demás partes puedan impugnar la resolución apelada «en lo que le resulte desfavorable».

2.- Es doctrina de esta Sala, recogida en la sentencia 432/2010, de 29 de julio , que cita otras resoluciones anteriores, la que afirma que «la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o, siendo tercero, le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir».

Ese perjuicio ha de ser propio del recurrente, puesto que, como también afirma dicha sentencia, con cita de otras resoluciones anteriores, «tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate».

3.- Afirma también la citada sentencia 432/2010 que «[e]n el ámbito del procedimiento civil, como regla, el recurso se dirige contra el fallo, por lo que el gravamen hay que ponerlo en relación con el pronunciamiento o parte dispositiva de la sentencia, siendo ya clásica la sentencia de 7 de julio de 1983 : "siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno, por lo que resulta inadmisibles la apelación de una sentencia por el litigante absuelto aunque lo haya sido por argumentos distintos a los aducidos por el interesado - SS. de 4 noviembre 1957 , 9 marzo 1961 , 27 junio 1967 y 18 abril 1975 , entre otras-, y concretamente que no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absolutorio sobre el fondo, por más que obligadamente hayan sido rechazadas las excepciones (S. de 14 junio 1951)"».

Pero añade a continuación: «[e]llo, claro está, sin perjuicio de que, como afirma la referida sentencia número 157/2003, del Tribunal Constitucional : "es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el



recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva", bien que "la determinación, en cada caso concreto, de si la resolución judicial impugnada causa o no efectivamente un perjuicio al recurrente, dependerá de las específicas circunstancias presentes en el caso, debiendo tenerse en cuenta que no toda afectación de carácter negativo o desfavorable para aquél merecerá necesariamente la consideración de perjuicio a los efectos que nos ocupan, pudiendo exigirse que tal afectación reúna determinada intensidad o caracteres"».

4.- Como resumen de lo expuesto, puede afirmarse que es presupuesto de admisibilidad del recurso en el proceso civil, y en concreto del recurso de apelación, que la resolución recurrida afecte desfavorablemente al recurrente, por lo general una parte del proceso aunque excepcionalmente pueda ser un tercero al que alcancen los efectos de la cosa juzgada; que ese gravamen ha de ser propio del recurrente, pues no puede recurrirse por el perjuicio causado a otro; y que, como regla general, el perjuicio ha de concretarse en la existencia de un pronunciamiento desfavorable en el fallo o parte dispositiva de la resolución, aunque excepcionalmente pueda recurrirse cuando las declaraciones contenidas en la fundamentación jurídica de la resolución generen por sí solas un perjuicio para el recurrente, sin que la mera disconformidad de la parte con los razonamientos de la resolución constituya por sí misma un perjuicio.

5.- Entrando en las circunstancias concurrentes en el caso objeto del recurso, se observa que la impugnación formulada en el recurso de apelación no se dirigía frente al pronunciamiento que estimó la excepción de falta de legitimación activa de Sandamendi, formulada por Banco Santander, que determinó la absolución de este. Tampoco se dirigía exclusivamente frente a los razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la sentencia. Lo que Banco Santander impugnó en el recurso fue, además del pronunciamiento sobre costas, el pronunciamiento que "condenaba" a BBVA a «no abonar los avales a primer requerimiento de 30 de enero de 2007 en los que avalaba a la demandante [Sandamendi] frente a las mercantiles Eiderlantz, S.L. y Eliri Inversiones, S.L.».

Por tanto, las razones expuestas en la sentencia de la Audiencia Provincial, relativas a que el recurso de apelación era inadmisibile porque no se impugnaba el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia sino exclusivamente los argumentos contenidos en la fundamentación jurídica, han de ser rechazados por no ajustarse a la realidad: Banco Santander impugnó un pronunciamiento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y este pronunciamiento no era el que le absolvía por carecer el demandante de legitimación activa.

6.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia reconoció que la estimación de esta pretensión (ordenar a BBVA que no abonara los avales a primer requerimiento en los que era avalista) causaba un perjuicio a Banco Santander, a cuyo favor habían sido pignorados los avales. Afirmaba la sentencia que «[...] la estimación de la pretensión de la actora tiene como consecuencia impedir que Banco Santander, S.A. pueda reclamar frente a BBVA, S.A., los derechos que aquella entiende que le confiere la tenencia de dichos avales».

La sentencia de la Audiencia Provincial no desvirtúa este argumento, es más, afirma que «[s]e puede entender y admitir que al Banco de Santander la condena al BBVA le puede perjudicar». Pero a continuación, rechaza la existencia del gravamen exigido por el art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para recurrir porque «los perjuicios que invoca pueden ser reparados [accionando] frente a quien realmente se los causa», esto es, Eiderlantz y Eliri, que pignoraron a favor de Banco Santander unos avales a primer requerimiento que habrían quedado sin eficacia en virtud de lo acordado en la sentencia.

7.- Este argumento tampoco puede ser admitido como válido. La posibilidad de que quien resulta perjudicado por una sentencia judicial pueda intentar posteriormente la reparación de tal perjuicio accionando contra terceros, no elimina la existencia del gravamen que permite al afectado desfavorablemente por una sentencia recurrirla. El recurrente ofrece algún ejemplo en su recurso (el promotor inmobiliario condenado que puede ejercitar la acción de repetición contra otros agentes de la edificación), y podrían buscarse otros. La cuestión es que la posibilidad de una reparación futura, hipotética (depende de que el agraviado venza en el posterior litigio y que los condenados en este sean solventes), no elimina el gravamen causado por una condena efectiva y actual y no priva al agraviado del derecho al recurso.

8.- El supuesto objeto del recurso es ciertamente peculiar, puesto que el tenor literal del fallo podría llevar al error de pensar que si se permite a Banco Santander recurrir la sentencia, se le estaría permitiendo al demandado absuelto recurrir la condena del demandado condenado, que en este caso se mostró conforme con la demanda. Pero bajo esa apariencia de "condena" se esconde en realidad una liberación a BBVA, formalmente condenado, de su obligación de hacer frente a la ejecución de los avales, y un impedimento para hacer efectivos los derechos de quienes pretenden ostentar alguno con relación a la ejecución de los avales, que en la práctica han resultado extinguidos. Esta extinción de la eficacia de los avales a primer requerimiento tiene efecto de cosa juzgada frente a Banco Santander, que ha sido parte en el proceso.



Por ello, dado que Banco Santander afirma tener derecho a ejecutar tales avales frente a BBVA en tanto que los mismos fueron pignorados a su favor y la "condena" al BBVA supone en realidad una liberación al mismo de su obligación de hacer frente a la ejecución de tales avales, liberación que es plenamente eficaz frente a Banco Santander, existía un gravamen para Banco Santander que le permitía recurrir en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sin perjuicio de que haya que enjuiciar y decidir si su pretensión es o no fundada.

9.- Como ha declarado el Tribunal Constitucional, una vez que el ordenamiento jurídico ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, incorporándose o integrándose en él. Por ello, concurren los requisitos necesarios para estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y anular el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimó, por inadmisibile, el recurso de apelación de Banco Santander contra el pronunciamiento que "condenó" a BBVA a no abonar los avales a primer requerimiento, pues se ha infringido el art. 24 de la Constitución .

CUARTO.- *Formulación del tercer motivo.*

1.- El tercer motivo se encabeza del siguiente modo:

«Por el cauce del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas procesales de la sentencia, en concreto del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

2.- Las razones que fundamentan este motivo consisten, resumidamente, en que la sentencia infringe el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues las consideraciones sobre la complejidad del caso no afectan a la excepción de falta de legitimación *ad causam* .

QUINTO.- *Decisión de la sala. Improcedencia de impugnar los pronunciamientos sobre costas en el recurso extraordinario.*

1.- Esta Sala ha declarado que la infracción de las normas sobre imposición de costas no puede ser alegada en el recurso extraordinario por infracción procesal (sentencias 732/2008, de 17 julio , 4/2010, de 10 de febrero , 358/2011, de 6 de junio , 423/2012, de 28 junio , 557/2012, de 1 de octubre , y 40/2015, de 4 febrero , entre otras muchas resoluciones).

No todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Mientras que el recurso de casación puede fundarse en cualquier infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, el recurso extraordinario por infracción procesal solo puede basarse en alguna de las infracciones procesales previstas en la relación tasada del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En este sentido, la sentencia 732/2008, de 17 de julio , declaró:

«[...] esta Sala viene declarando reiteradamente, en relación al principio de vencimiento objetivo, que quedan al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de circunstancias que sirven de excepción a dicha regla, del mismo modo que su no apreciación queda exceptuada del recurso, siendo en uno y en otro caso función de los tribunales de instancia, ajena al ámbito de la casación, no teniendo los mismos obligación de ejercer, ni de motivar por qué no ejercen tal facultad. Así se declara en Sentencia de 11 de mayo de 2007 (rec. núm. 4225/2000), que cita las Sentencias de 20 de abril de 1997, en recurso 1766/93 , 1 de octubre de 1997, en recurso 2427/93 , 24 de noviembre de 1998, en recurso 1979/94 y 20 de septiembre de 2000, en recurso 2948/95 ».

2.- En el presente caso, Banco Santander formula el motivo al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , esto es, la infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Sin embargo, el pronunciamiento relativo a las costas no se regula en la Ley de Enjuiciamiento dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, en los arts. 206 y siguientes , sino que es tratado en diferente libro de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Libro II, Título I, Capítulo VIII, arts. 394 a 398), donde se establecen las disposiciones relativas a «la condena en costas», que, evidentemente, no tienen cabida en el motivo segundo del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia. Así lo hemos declarado en sentencias anteriores, como es, entre otras, la 732/2008, de 17 de julio .

Por tanto, el motivo debe desestimarse.

SEXTO.- *Consecuencias de la estimación parcial del recurso extraordinario por infracción procesal.*

La estimación de los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal determina que, conforme al art. 476.2, último inciso, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la resolución recurrida



deba ser parcialmente anulada, en cuanto desestima, por inadmisibile, la impugnación del pronunciamiento condenatorio de BBVA, y se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción, de modo que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia en la que resuelva la impugnación de ese pronunciamiento, que quedó imprejuizada.

SÉPTIMO.- *Costas y depósito.*

1.- La estimación parcial del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial imposición de las mismas.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco de Santander, S.A., contra la sentencia núm. 154/2014 de 29 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 144/2014 . 2.º- Anulamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la desestimación de la impugnación por parte de Banco Santander, S.A., del pronunciamiento de condena de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., a no abonar los avales a primer requerimiento al considerar la Audiencia que tal impugnación era inadmisibile por carecer Banco Santander, S.A. de gravamen; y acordamos que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción, de modo que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia en la que resuelva la impugnación de ese pronunciamiento, que quedó imprejuizada. 3.º- No procede imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.