



Roj: **STS 5628/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5628**

Id Cendoj: **28079110012014100705**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2014**

Nº de Recurso: **2709/2012**

Nº de Resolución: **745/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS CALVO CABELLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 266/2012,**
STS 5628/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación núm. 2709/2012, interpuesto por el procurador don Alfredo Otero Otamendi, en nombre y representación de DETEA, S.A., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso núm. 1/2012, procedente de los autos de juicio ordinario núm. 30/2009 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Huelva. Es parte recurrida la mercantil BIDAROC, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Huelva dictó sentencia el 13 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva dice así:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda deducida por el Procurador ALFREDO ACERO OTAMENDI, en nombre y representación de DETEA, SA contra BIDAROC, SA, sobre reclamación de cantidad, y ESTIMANDO PARCIALMENTE la reconvenición deducida por la entidad BIDAROC frente a DETEA, debo condenar y condeno a la entidad DETEA a que abone a la entidad BIDAROC la suma de 1.024.180 €, más sus intereses legales de demora procesal desde esta Sentencia.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes»

SEGUNDO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia el 9 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por DETEA, S.A. Y BIDAROC, S.A. representados en esta alzada por los Procuradores Sr. Acero Otamendi y Sr. Domínguez Pérez contra la sentencia dictada, en los autos que se contrae el rollo de Sala y su primer grado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 5 de Huelva en fecha 13 de mayo de 2011, y CONFIRMAMOS la indicada resolución, condenado a los apelantes al pago de las costas de esta alzada».

TERCERO.- Mediante escrito de 4 de julio de 2012, el procurador don Alfredo Otero Otamendi, en nombre y representación de DETEA, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene los siguientes motivos:



1. «Al amparo del núm. 2 del apartado 1 del art. 469 LEC ; infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia contenidas en el art. 217 y 218 LEC en relación con el art. 248.3 LOPJ , adoleciendo de un grave vicio de incongruencia interna al incurrir en una manifiesta contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo».
2. «Al amparo del núm. 4 del apartado 1 del art. 469 LEC ; infracción del art. 24 de la Constitución Española en relación con el art. 218 LEC y el art. 248.3 LOPJ , adoleciendo la sentencia de un grave vicio de incongruencia interna al incurrir en manifiestas e injustificadas contradicciones en la propia fundamentación jurídica».
3. «Al amparo del núms. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC ; infracción del art. 24 de la Constitución Española en relación con los arts. 218 , 219 , 326 , 348 y 376 de la LEC , en cuanto a las normas procesales reguladoras de la sentencia, pues la motivación del fallo y la valoración de la prueba no se ajusta a las reglas de la lógica y la razón».

El recurso de casación contiene tres motivos:

1. «Al amparo del artículo 477.1 de la LEC .- Infracción del artículo 1593 CC en relación con los arts. 1281.1 y 1281.2, 1282 y 1285. Normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso sobre la naturaleza e interpretación del contrato de precio cerrado».
2. «Al amparo del artículo 477.1 de la LEC .- Infracción de las normas contenidas en los artículos 1124, 1256 y 1258, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, relativas al deber de cumplimiento y la exigibilidad de las obligaciones nacidas de los contratos, sobre la facultad de exigir el cumplimiento del contrato y la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios a la parte cumplidora frente a la incumplidora en las obligaciones recíprocas, y sobre la improcedencia de dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes y la obligación de cumplirlo conforme a lo pactado y las consecuencias conformes a la buena fe, al uso y a la ley».
3. «Al amparo del artículo 477.1 de la LEC .- Infracción de la norma contenida en el art. 1152 del Código Civil , sobre las obligaciones con cláusula penal sustitutiva, en relación con el art. 1091 del Código Civil ».

CUARTO.- Por auto de 2 de julio de 2013, la Sala acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación por concurrir los requisitos legales exigidos.

QUINTO.- Mediante escrito presentado el 4 de septiembre de 2014 en el Registro General del Tribunal Supremo, la procuradora doña María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de la mercantil BIDAROC, S.A. se opuso al recurso.

SEXTO.- Por providencia de 5 de noviembre de 2014, la Sala se señaló el día 2 de diciembre de 2014, para deliberación, votación y fallo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El 25 de abril de 2006, la empresa constructora DETEA, S.A. y la empresa BIDAROC, S.A. suscribieron un contrato de obra por la que esta encargó a la primera la ejecución de las obras de construcción de un apartahotel de cuatro estrellas en Mazagón, Huelva.

2. Mediante demanda presentada el 29 de diciembre de 2008, la empresa DETEA formuló demanda contra la empresa BIDAROC en reclamación de «la cantidad de 10.440.404, 81 euros, más los intereses previstos en la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad».

3. Mediante escrito presentado el 17 de abril de 2009, la empresa BIDAROC se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando la condena de la actora al pago de las siguientes cantidades:

« SEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS (6.295.534,50 euros), en concepto de daños y perjuicios por la falta de explotación del apartahotel desde la fecha prevista de apertura y hasta el 15 de Abril del presente año, así como 17.733,90 euros diarios desde el 16 abril hasta la efectiva apertura del apartahotel Solvasa Mazagón.

SIETE MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL CINCUENTA Y SIETE EUROS CON DOCE CENTIMOS (7.618.057,12 euros) por los daños y perjuicios derivados del sobrecosto para la terminación del complejo hotelero.

SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON CINCUENTA Y NUEVE EUROS (778.598,59 euros), por los daños y perjuicios derivados por la ampliación del periodo de carencia



y ampliación del devengo de interés del préstamo hipotecario suscrito con Banco de Santander para la construcción del apartahotel, así como los intereses que se vayan devengando en el periodo de carencia trimestralmente y hasta la finalización de las obras fecha en las que finalizara dicho periodo de carencia del préstamo hipotecario, comenzando entonces la amortización del capital del mismo.

DOS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTE EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS (2.829.220,44 euros), por los daños y perjuicios que se causan para la reparación de los defectos de ejecución de obras realizada por Detea, S.A., en la construcción del apartahotel Solvasa Mazagón, debiendo señalarse que en esta suma está incluida una partidaalzada a justificar posteriormente ascendente a 380.000 euros mas IVA como consecuencia de la patología descrita en el ordinal correspondiente, pudiendo en consecuencia aumentar o disminuir en consecuencia.»

4. Mediante sentencia de 13 de mayo de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Huelva estimó en parte la demanda y estimó en parte la reconvenición, condenando a la entidad DETEA a pagar a la entidad BIDAROC la suma de 1.024.180 euros, más los intereses legales de demora procesal desde la fecha de la sentencia.

5. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia el 9 de marzo de 2012 desestimando los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- *Sobre el primer motivo*

En el primer motivo de su recurso extraordinario por infracción procesal, el recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido las normas reguladoras de la sentencia contenidas en los artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para justificar la denuncia, el recurrente argumenta que en la sentencia recurrida la Audiencia Provincial incurrió en incongruencia interna al existir contradicción entre los fundamentos jurídicos y el fallo de su sentencia.

Esta contradicción es múltiple, dice: existe sobre tres partidas: el importe de la certificación de obra núm. 19; el lucro cesante; los gastos financieros.

TERCERO.- *Desestimación del motivo*

1. Por lo que atañe a la primera manifestación de la incongruencia, al recurrente le asiste una razón meramente formalista, pues es cierto que la Audiencia Provincial consideró que el Juzgado había dicho que no se había producido defecto alguno en las obras objeto de la certificación núm. 19. Por lo tanto -como argumenta la recurrente- no podía ser mantenida en apelación la decisión de rebajar el importe de la certificación acordada por el Juzgado de Primera Instancia: la Audiencia debió condenar a la entidad recurrida a pagar íntegro el importe de la certificación.

Pero analizada la sentencia del Juzgado de Primera Instancia sucede que este no afirmó que no se hubiera producido defecto alguno en las obras objeto de la certificación; al contrario, da como cierta la existencia de defecto, pues al referirse en el fundamento décimo de la sentencia a la certificación mencionada dice: «El tribunal únicamente acepta como debida la partida correspondiente a la certificación 19, de diciembre 2007 (doc. 106 de la demanda) por importe de 1.569.157,89 euros (1.352.722,32 + IVA) que no consta abonada, si bien entiende que procede hacer en la misma la minoración aplicada por el Sr. Rodríguez Pantoja en razón de las partidas que entiende mal ejecutadas, y que allí se describen, por 254.535,97 euros sin IVA [...] Por lo tanto, la suma resultante es la de 1.098.236,35 euros + IVA, lo que da 1.273.954,16 euros».

2. Tampoco procede acoger la segunda manifestación, referente a la partida del lucro cesante.

El recurrente dice que como la Audiencia Provincial entendió que la entidad recurrida no había acreditado el lucro cesante exigido en la demanda, como tampoco el exigido en la apelación, hay contradicción al confirmar la sentencia de instancia: según la entidad recurrente debió ser revocada para no conceder cantidad alguna.

Pero la Audiencia Provincial no se refería a todo el importe reclamado, sino solo a la diferencia entre la cantidad concedida por el Juzgado y el máximo reclamado. Únicamente a esa diferencia se refería la invocada falta de prueba.

3. En igual sentido procede resolver la incongruencia referida a la partida de gastos financieros.

El recurrente sostiene que la Audiencia Provincial incurrió en incongruencia pues afirmó que el Juzgado se había contradicho al conceder 90.000 euros por gastos financieros pese a haber declarado que dicha partida debería ser a cargo de la entidad recurrida. Por tanto -dice la entidad recurrente- la Audiencia no debió mantener la sentencia del Juzgado.



Pero aquí ocurre lo mismo que en la partida referente a la certificación núm. 19: el Juzgado no se contradijo. El Juzgado afirmó que los gastos de financiación (derivados del préstamo) debían ser a cargo de la entidad prestataria (la recurrida) pero los de refinanciación debían ser a cargo de la entidad recurrente, pues a causa del retraso en la terminación de las obras imputable a esta, aquella no pudo atender el pago del préstamo y hubo de volver a financiarlo.

CUARTO.- *Sobre el motivo segundo. Desestimación*

En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, el recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como fundamento de esta vulneración argumenta la recurrente que la sentencia recurrida adolece de «un grave vicio de incongruencia interna al incurrir en manifiesta e injustificadas contradicciones en la propia fundamentación jurídica» en dos cuestiones: la referente al volumen de lo construido y la referente al retraso.

Pues bien, el motivo debe ser desestimado porque:

1. Por lo que atañe al volumen de lo edificado, es cierto que después de asumir la fundamentación de la sentencia del Juzgado en la que se afirma que la entidad recurrente realizó obra adicional, la Audiencia Provincial afirma que no construyó mayor volumen de obra.

En este punto conviene transcribir los términos en que la Audiencia Provincial expresa su aceptación de la fundamentación de la sentencia del Juzgado de primera instancia: «El Tribunal Constitucional en Sentencias entre otras, 174/87, 146/90, 27/92 y 11/95, ha determinado que es motivación suficiente la remisión hecha por el Tribunal Superior a la sentencia de instancia que era impugnada. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de octubre de 1998, estableciendo que si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos de aquella, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario (STS de 16.10.92, 5.11.92 y 19.4.1993), y este Tribunal manifiesta su plena aceptación de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida que contienen una perfecta y detallada exposición de los hechos probados en atención a la prueba practicada, así como del derecho aplicable, haciéndolos nuestros, y sin que quepa adicionar o modificar alguno de sus apartados».

Pero varias razones hacen que la mencionada contradicción sea solo aparente.

La mayor obra adicional la consideró el Juzgado como modificaciones incluidas en el concepto de reformas, que como tales estaban incluidas en los 27,5 millones de euros convenidos. Así resulta del argumento contenido en el fundamento noveno de la sentencia del Juzgado donde se sustenta que si negó su pago fue no solo porque esa obra no había sido autorizada por la entidad recurrida, sino también porque no podía ser incluida en el artículo 1593 del Código Civil: no supuso un aumento de obra fuera de plano.

Y es en ese mismo sentido en el que la Audiencia Provincial negó la existencia de un aumento de edificación susceptible de ser abonado al margen del precio convenido, pues -continúa diciendo- «no existen más metros cuadrados ni más urbanización ejecutada». Y concluye: «En definitiva, la edificabilidad realizada es idéntica a la proyectada y efectuada por DETEA, S.A.»

2. Por lo que se refiere al retraso en la ejecución de la obra, la incongruencia la encuentra la entidad recurrente en las siguientes afirmaciones de la Audiencia Provincial: mientras que asume toda la fundamentación de la sentencia del Juzgado, en la que se dice que el retraso es imputable a la recurrente, la Audiencia en su fundamentación niega que hubiera retraso del que esta fuera responsable.

Tampoco pasa de ser una contradicción aparente. Que el retraso fue causado por la entidad recurrente (más de diez meses) es una categórica afirmación del Juzgado y de la Audiencia Provincial, de esta no solo porque asuma la del Juzgado -y de ahí que mantenga la sentencia- sino porque lo dice expresamente. Por una parte, en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia: «en el presente caso procede la aplicación de la estipulación 18-2, por cuanto el retraso de Detea ha sido grave y ha impedido la apertura del Hotel en los plazos previstos», y por otra, en el primer fundamento del auto de aclaración de fecha 25 de mayo de 2012: «Lo argumentado por Detea, S.A. [...] cae por su propio peso de manera que su incumplimiento ha provocado a Bidaroc, S.A. que deje de ingresar 5.320.234 ? en ese ejercicio correspondiente a los contratos garantizados en 280 apartamentos de los 320 que dispone el Apartahotel y por un periodo de más de 7 meses al año y durante 5 años; contratos suscritos con Amigo Tours S.A. y Meli Tours, S.A., que desgraciadamente han tenido que ser resueltos ante la falta de apertura del Hotel en la fecha pactada»

QUINTO.- *Sobre el tercer motivo*



En el tercero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, la entidad recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido el artículo 24 de la Constitución Española en relación con los artículos 218 , 319 , 326 , 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

1. Una buena parte, la previa, del motivo se fundamenta en incongruencias internas de la sentencia sobre las que la Sala ya se ha pronunciado al examinar el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.
2. No hay contradicción en la valoración de la prueba pericial, pues no es incompatible atribuir a la Dirección de obra la condición de fedatario de lo que allí sucedió y por otra parte afirmar, en el ejercicio de su función valorativa de la prueba, que el testimonio de la Dirección de la obra adoleció de cierta parcialidad.
3. Otro tanto sucede con la prueba pericial del Sr. Roldúa, pues procede simultáneamente decir que su informe responde a criterios personales y añadir luego que el fundamento carece de rigor técnico.
4. La valoración de la credibilidad de los testigos realizada por la Audiencia Provincial pretende la recurrente sustituirla por la suya propia, pues la dependencia laboral, que el órgano jurisdiccional entiende suficiente para generar dudas sobre la imparcialidad, la entidad recurrida la valora como signo de fiabilidad y verosimilitud.

RECURSO DE CASACIÓN

SEXTO.- *Sobre el primer motivo de casación. Desestimación*

En el primer motivo de casación, de los tres que contiene el recurso, la entidad recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido el « artículo 1533 del Código Civil en relación con los artículos 1281.1 y 1281.2 , 1282 y 1285» del mismo cuerpo legal .

El motivo está desarrollado en tres submotivos.

En el primero argumenta que la Audiencia Provincial vulneró la norma contenida en el artículo 1281 del Código Civil , de rango preferencial -dice- respecto de las contenidas en los siguientes artículos 1282 a 1289 por cuanto impone estar al sentido literal de las cláusulas del contrato cuando no dejen dudas sobre la intención de los contratantes.

En el segundo, formulado con carácter subsidiario del anterior, la entidad recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido las normas de interpretación contenidas en los artículos 1281.2 , 1282 y 1285 del Código Civil .

Y en el tercero atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido el artículo 1593 del Código Civil relativo al concepto de precio cerrado.

Pues bien, el motivo se desestima por las siguientes razones:

1. Respecto al primer submotivo, la entidad recurrente dice que las cláusulas quinta y sexta del contrato son claras y no dejan lugar a dudas: las partes contratantes quisieron suscribir un contrato a precio alzado.

Sin embargo -afirma-, la Audiencia Provincial en vez de respetar el claro sentido literal de tales cláusulas «realiza una interpretación absolutamente ilógica al considerar que la demandada entendía que se trataba de un contrato llave en mano para después aseverar que la misma fue fracturada».

Pese a esta consideración de la Audiencia Provincial, el submotivo no puede ser acogido porque:

a) Como se ha subrayado arriba, la Audiencia Provincial asumió la fundamentación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en términos palmariamente absolutos: «este Tribunal manifiesta su plena aceptación de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida que contienen una perfecta y detallada exposición de los hechos probados en atención a la prueba practicada, así como del derecho aplicable, haciéndolos nuestros, y sin que quepa adicionar o modificar alguno de sus apartados».

b) El Juzgado de Primera Instancia concluyó de forma igualmente inequívoca que el contrato era cerrado. En el fundamento noveno de su sentencia, después de rechazar la interpretación «llave en mano» defendida por la entidad recurrida, concluye, examinando el clausulado del contrato, que fue a precio cerrado.

c) La consideración de la Audiencia, denunciada por la recurrente, es propia de una confusión terminológica que no lleva a concluir que estemos ante una postura enfrentada a la del Juzgado, sino ante unas posibilidades interpretativas expuestas sin la exigible claridad.

2. El carácter subsidiario del segundo submotivo hace innecesario su examen. Aunque formulado para el caso de que el primer submotivo fuera desestimado por entender que la Audiencia Provincial había afirmado que



el contrato fue llave en mano y ello no vulneraba el artículo 1281 del Código Civil, su examen es innecesario. La razón de ello es que la Audiencia Provincial no entendió que el contrato fuera llave en mano, sino cerrado, conforme a lo pretendido por la entidad recurrente y declarado por el Juzgado. No hubo, pues, vulneración del artículo 1281, ni, en consecuencia, hay necesidad de examinar las actuaciones de los contratantes, a tenor de los artículos 1282 y siguientes, para establecer la misma conclusión: como resulta de la literalidad de su clausulado, el contrato fue a precio cerrado.

3. Con base en la existencia de un contrato cerrado, la entidad recurrente dice que la Audiencia debió estimar su apelación y condenar a la entidad recurrida a pagar la obra adicional, cuya existencia había sido declarada por el Juzgado.

Este submotivo también debe ser rechazado por cuanto:

a) La cuestión planteada (obra adicional) ya lo fue en el recurso extraordinario por infracción procesal. Y tras su examen fue resuelta en contra de la entidad recurrente (anterior fundamento de derecho cuarto) porque el Juzgado, cuya fundamentación fue asumida por entero por la Audiencia, concluyó, con base en las estipulaciones 4ª y 5ª, 6ª y 7ª del contrato, que dentro «del concepto de "reformas" expresado deben incluirse o asimilarse "todas aquellas modificaciones que puedan surgir y sean propuestas por la Dirección Facultativa", como se recoge en la estipulación 2ª. Por lo tanto, el importe de estas últimas debería estar incluido dentro de los 27,5 millones que fue convenido en la Estipulación 7ª». Y aún después de esta conclusión se expresa como sigue: «Por otra parte, parece improbable que si las partes hubieran querido excluir del precio global pactado, las obras de modificación o reforma no incluidas en el presupuesto, no lo hubieran recogido de forma expresa y específica en el contrato, estableciendo, en tal caso, la forma de valorarlas. De la lectura del artículo 1593 CC se deduce que para que el contratista que se obliga a la ejecución de una obra por un ajuste alzado pueda pedir aumento de precio por incremento de obra se precisa el acuerdo con el propietario: lo que aquí no se da. De lo que se sigue que Detea no puede reclamar la partida de 2.585.015, 64 euros en que el Sr. Teodulfo valora la obra ejecutada fuera de proyecto, ni la que establece el Sr. Jose Pedro, de 2.428.253, 24 euros más IVA».

b) El Juzgado afirmó, como se acaba de ver, que las obras no habían sido autorizadas. En este punto interviene la entidad recurrente para asegurar que, sin embargo, hubo autorización tácita en cuanto las consistió.

Lo primero que importa señalar es que la entidad recurrente no afirma siempre lo mismo, pues con ocasión de desarrollar el segundo motivo de casación abandona la tesis de la autorización tácita al afirmar que «no es conforme al contrato, ni a la buena fe, ni a la Ley, incluso a los usos de la construcción, que la promotora **ordene** la ejecución de un mayor volumen de obra por más de dos millones de pesetas, aceptando su ejecución sin reservas, y luego niegue su pago».

Así las cosas y con independencia de que la conclusión sobre la negación de la autorización es absoluta, sin matizaciones, la disconformidad de la entidad recurrente con la valoración probatoria, que es lo que resulta planteado al hablar de una autorización tácita derivada de hechos, debió ser traída ante la Sala por medio del recurso extraordinario de infracción procesal.

SÉPTIMO.- *Sobre el segundo motivo de casación. Desestimación*

En este motivo la entidad recurrente atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido los artículos 1124, 1256 y 1258 del Código Civil.

Para justificar su denuncia la entidad recurrente razona al comienzo del desarrollo del motivo como sigue: «Sobre la base de la manifiesta incongruencia en que incurre la Ilma. Sala al desestimar el recurso de apelación interpuesto por mi parte a la vez que resuelve contradictoriamente que BIDAROC incumplió su obligación esencial de pago de las certificaciones de obra ... que no existió incumplimiento alguno imputable a DETEA por el retraso en la ejecución de las obras... y que hace propios los fundamentos de la Sentencia de instancia, en la que se declara expresamente que Detea ejecutó un mayor volumen de obra por más de dos millones de euros, se denuncia en este motivo la infracción de lo dispuesto en los art. 1124, 1256 y 1258 CC ». De nuevo, más adelante, insiste: «En el supuesto que aquí nos ocupa, es evidente que si se declara que la demandada no atendió su obligación esencial de pago de las obras ejecutadas, que la contratista ejecutó un mayor volumen de obra tan sustancial sin ser tampoco abonado, y que a mi mandante no le es atribuible el incumplimiento que la demandada le achaca ...» Y por último, concluye así: «Partiendo de las premisas reseñadas, recogidas en la propia Sentencia recurrida, es evidente que el incumplimiento previo de BIDAROC, además de privarle de legitimación para formular una reclamación como la que planteaba en su reconvencción (sensiblemente reducida al recurrir en apelación), facultaba a mi parte a solicitar el cumplimiento de lo pactado en el contrato así como la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le causó».



Pues bien, el motivo debe ser desestimado porque la Sala ya ha resuelto en sentido contrario al de la recurrente las cuestiones de nuevo planteadas ahora: el retraso, su causante; el impago de las certificaciones; y la obra adicional.

Si las hubiera resuelto en sentido favorable a la entidad recurrente, el motivo sería acogido pues ciertamente habría existido vulneración de las normas contenidas en los artículos que se dicen infringidos.

Pero sucede que esas cuestiones fueron resueltas como sigue:

- a) La entidad recurrente fue la culpable del retraso en la ejecución de la obra.
- b) Solo fue impagada -y su cuantía fue adecuadamente rebajada- la certificación núm. 19.
- c) Sobre la obra adicional, ya se ha tratado en dos ocasiones, diciéndose en ambas que no existió obra susceptible de ser reclamada al margen del precio cerrado.

OCTAVO.- *Sobre el tercer motivo. Desestimación*

En el tercer motivo atribuye la entidad recurrente a la Audiencia Provincial haber infringido la norma contenida en el artículo 1152 del Código Civil sobre las obligaciones con cláusula penal, en relación con el artículo 1091 del mismo texto legal .

Dice la recurrente, como fundamento de su denuncia, que los retrasos en la terminación de la obra no son imputables a ella, y que si lo fueran, la Audiencia Provincial habría dejado «sin efecto el acuerdo que las partes pactaron válidamente como límite de las eventuales penalidades por retraso en la construcción del complejo (vid. estipulación 10ª del contrato), pues sobrepasa con creces dicho máximo (412.500 euros)».

Por dos razones el motivo debe ser desestimado.

1. En primer lugar porque ya se ha concluido que la entidad recurrente fue la responsable del retraso: lo confirmó la Sala al examinar el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.
2. La interpretación de las cláusulas corresponde a las instancias, salvo que sea contraria a la razón. Únicamente si lo es cabe rechazarla por el Tribunal de casación, que expondría la interpretación adecuada.

Pero no es el caso. El Juzgado, a cuya fundamentación se remitió la Audiencia Provincial en los términos arriba transcritos, estudió detenidamente la cláusula 10ª del contrato en relación con la cláusula 18ª, y concluyó que «El Tribunal considera que la integración de ambas estipulaciones debe hacerse en el sentido de que, en caso de retraso culpable y grave de la constructora, sobre los plazos previstos, de forma que, si el perjuicio que de ello se derivara para la Propiedad superase cuantitativamente el límite del 1,5% del presupuesto, la Promotora podría pedir la resolución contractual y la indemnización de daños y perjuicios efectivamente causados, sin sujeción a dicho límite.

Siendo ello así, en el presente caso procede la aplicación de la estipulación 18-2 por cuanto, como se ha dicho, el retraso de Detea ha sido grave, y ha impedido la apertura del Hotel en los plazos previstos, por lo que, respecto a la cuantificación y determinación de los perjuicios que reclame Bidaroc, no ha de aplicarse el límite previsto en el primer párrafo de la Estipulación 10ª, y sí por el contrario el supuesto previsto en el punto 2 de la Estipulación 18ª, que faculta, conforme al párrafo al "*resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera lugar*" ».

Análisis y conclusión que la Sala comparte plenamente por ajustarse a la razón y no existir motivo alguno para modificarlos.

NOVENO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas del recurso.

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

FALLAMOS

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación núm. 2709/2012, interpuestos por el procurador don Alfredo Otero Otamendi, en nombre y representación de DETEA, S.A., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso núm. 1/2012 .
2. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller.



Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jose Luis Calvo Cabello. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Luis Calvo Cabello, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ