



Roj: **STS 4111/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4111**

Id Cendoj: **28079110012017100596**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2017**

Nº de Recurso: **1358/2015**

Nº de Resolución: **622/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 874/2015,**  
**STS 4111/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 622/2017**

Fecha de sentencia: 21/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1358/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/10/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla (5ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1358/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 622/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1848/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (antes Empresa pública de suelo de Andalucía), representada ante esta sala por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, en sustitución por fallecimiento, de la compañera procuradora doña Paloma Alonso Muñoz, bajo la dirección letrada de doña Iciar Rovira Zabalgoitia; siendo parte recurrida la entidad Gea, 21 S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Rafael Núñez Pagán, bajo la dirección letrada de don Rafael Martín García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de la entidad Gea 21, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Empresa Pública de Suelo de Andalucía, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara,

«sentencia en su día en la que condene a la demandada a:

»a) Cumplir exactamente los contratos suscritos con GEA 21, SA para la ejecución de las obras de urbanización y edificación de viviendas en el Barrio de la Chanca de Almería de fecha 26 de noviembre de 2001.

»b) Pagar a la entidad GEA 21, SA las siguientes cantidades:

»i.- El importe de las certificaciones que a la fecha no se han abonado a GEA 21, SA correspondiente a los trabajos desarrollados en las obras de urbanización de edificación reseñadas, que ascienden a seiscientos noventa y ocho mil cuatrocientos noventa y cuatro con veintisiete céntimos de euro (698.494,27 €).

»ii.- Las retenciones practicadas a cada una de las certificaciones, abonadas o no, tanto por la ejecución de las obras de edificación como por las obras de urbanización abonadas por EPSA, que suponía el 4 y 5% del importe a abonar, y que asciende en total a ciento ochenta y seis mil ochocientos setenta y cuatro euros con veinticuatro céntimos de euro (186.874,24 €).

»c) Así como la devolución por EFSA de las fianzas constituidas para garantizar la correcta ejecución de la obra, articuladas mediante cuatro avales bancarios (documentos 167 a 170), por importe total ascendente a doscientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos treinta y nueve euros con veintiún céntimos de euro (245.439,21€).

»d) Al abono de los daños y perjuicios causados a GEA 21, SA por el incumplimiento contractual de EPSA que se concretan en:

»1.- La cantidad abonada por GEA 21, SA en concepto de comisión de los avales prestados en garantía de la obra, y que hubieron de ser devueltos el día 5 de julio de 2006, y que importa la cantidad de diez mil quinientos noventa y de euros con ochenta y tres céntimos de euro (10.592,83 E) así como todas aquellas cantidades que se devenguen y abonen por GEA 21, SA hasta la efectiva devolución de los avales por EPSA.

»2.- Los intereses de las cantidades indicadas en los apartados a y b anterior, correspondientes a certificaciones y retenciones de las certificaciones, en concepto de los daños y perjuicios a contar desde el día 19 de julio de 2007, fecha del primer requerimiento efectuado a la demanda.

»e) Y, en cualquier caso, al pago de las costas del presente procedimiento.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas al recurrente...»



**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 23 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Gordillo Alcalá, en nombre y representación de la mercantil GEA 21, S.A., contra la entidad Empresa Pública del Suelo de Andalucía, debo **CONDENAR Y CONDENO** a la citada demandada a cumplir exactamente los contratos suscritos con la actora para la ejecución de las obras de urbanización y edificación de viviendas en el Barrio de la Chanca de Almería de fecha 26 de noviembre de 2001 y, en su consecuencia, debo **CONDENAR Y CONDENO** a la citada demandada:

»1º.- A pagar a la parte actora la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (450.780,40 euros) en concepto de obra realmente ejecutada por la actora y no abonada, junto al interés legal del dinero desde la primera reclamación extrajudicial que tuvo lugar el día 19 de julio de 2007.

»2º.- A pagar a la parte actora la suma de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON UN CÉNTIMOS (159.673,01 euros) en concepto de devolución de retenciones practicadas, junto al interés legal del dinero desde la primera reclamación extrajudicial que tuvo lugar el día 19 de julio de 2007.

»3º.- A devolver a la actora las fianzas constituidas para garantizar la correcta ejecución de la obra, articuladas mediante los cuatro avales bancarios (documentos nº 167 a 170 de la demanda) por importe total de 254.439,21 euros.

»4º.- A pagar a la actora la suma de DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (10.592,83 euros) en concepto de comisiones abonadas por la demandante por los citados avales, así como a pagar aquellas otras cantidades que por este mismo concepto se hayan devengado y hayan sido abonadas por la demandante tras la presentación de la demanda y hasta la fecha de la efectiva devolución de los avales a la actora.

»Todo ello sin hacer imposición de costas.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que desestimando el recurso interpuesto por la Procuradora Doña Macarena Peña Camino, en nombre y representación de la EMPRESA PÚBLICA DE SUELO DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada el día 23 de enero de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.»

**TERCERO.-** La procuradora doña Macarena Peña Camino, en nombre y representación de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (antes, Empresa Pública de Suelo de Andalucía), formuló recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, fundado el primero en los siguientes motivos:

1.- Al amparo del artículo 469.1.1.º LEC , por infracción de las normas sobre jurisdicción alegando la vulneración por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo dispuesto en el artículo 2 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , Ley 29/1998 de 13 de julio, en relación con los artículos 1 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como la jurisprudencia.

2.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC , por infracción del artículo 218 LEC por incongruencia.

Por su parte el recurso de casación se fundamenta en dos motivos:

1.- Por infracción de lo dispuesto en el artículo 1258 en relación con el 1124, ambos del CC , en relación con la jurisprudencia que cita.

2.- Por infracción de lo dispuesto por el artículo 1258 CC .

**CUARTO.-** Por esta sala se dictó auto de fecha 21 de junio de 2017 por el que se acordó la admisión de ambos recursos y que se diera traslado de los mismos a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación la entidad Gea 21 S.A. mediante escrito que presentó en su nombre el procurador don Rafael Núñez Pagán.

**QUINTO.-** No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo del recurso el pasado día 18 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La entidad GEA 21 S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía en reclamación de cumplimiento de varios contratos, devolución de fianzas entregadas y abono en aplicación de los mismos de las siguientes cantidades: a) 698.494,27 euros en concepto de importes de certificaciones no abonadas correspondiente a los trabajos desarrollados en las obras de urbanización y de edificación a que se refieren dichos contratos; b) 186.874,24 euros en concepto de retenciones practicadas respecto de cada una de las certificaciones ; c) La devolución de las fianzas constituidas para garantizar la correcta ejecución de la obra, articuladas mediante cuatro avales bancarios por importe de 245.439,21 euros; y d) El abono de los daños y perjuicios causados a la entidad demandante consistente en gastos de comisión de los avales por importe de 10.592,83 euros y los intereses de las cantidades correspondientes a certificaciones y retenciones.

Se opuso la demandada a dichas pretensiones y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla dictó sentencia de fecha 23 de enero de 2014 por la que estimó parcialmente la demanda condenando a la demandada a cumplir exactamente los contratos suscritos con la actora para la ejecución de las obras de urbanización y edificación de viviendas en el Barrio de la Chanca de Almería de fecha 26 de noviembre de 2001 así como al abono de las siguientes cantidades: a) La de 450.780,40 euros en concepto de obra realmente ejecutada por la demandante y no abonada, junto al interés legal del dinero desde la primera reclamación extrajudicial que tuvo lugar desde el 19 de julio de 2007; b) La cantidad de 159.673,01 euros en concepto de devolución de retenciones practicadas, junto al interés legal del dinero desde la primera reclamación extrajudicial que tuvo lugar el 19 de julio de 2007; c) A devolver a la demandante las fianzas constituidas para garantizar la correcta ejecución de la obra mediante cuatro avales bancarios por importe de 245.439,21 euros; y d) A pagar a la actora la suma de 10.592,83 euros en concepto de comisiones abonadas por la demandante por los citados avales.

Se interpuso recurso de apelación por la demandada Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, el cual fue desestimado por la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5.ª) mediante sentencia de 9 de marzo de 2015 .

La desestimación del recurso se fundamenta en las siguientes consideraciones. En lo referente a la alegación de falta de competencia de la jurisdicción civil, considera la Audiencia que la falta de competencia objetiva puede ser apreciada de oficio en cualquier momento al ser una cuestión que afecta al orden público procesal, pero afirma que no existen razones para cuestionar la competencia de la jurisdicción civil, ya que el contrato de ejecución de obra que vincula a las partes en el litigio es de fecha 26 de noviembre de 2001, por tanto anterior a la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público -que restringe notablemente con respecto a la legislación anterior el que las entidades públicas puedan firmar contrato de naturaleza privada- estando en vigor en ese momento la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000, en cuyo artículo 2, en relación con la adjudicación de determinados contratos de derecho privado, se establecía únicamente el sometimiento de los mismos a dicha Ley en determinados casos y en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación; de modo que en los demás aspectos del contrato se regían por el derecho privado. Destaca que en el propio contrato se establece su sometimiento al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria y esto es lo que se sostenía en la contestación a la demanda por la entidad ahora recurrente. Añade la sentencia recurrida que el cambio de postura de la parte sobre la jurisdicción competente se basa en sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que se basan en las disposiciones de la Ley 30/2007, que no es aplicable al caso que nos ocupa.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, confirma lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia.

Contra dicha sentencia ha recurrido por infracción procesal y en casación la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía.

### Recurso por infracción procesal

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos se formula al amparo del artículo 469.1.1.º LEC , por infracción de las normas sobre jurisdicción alegando la vulneración por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo dispuesto en el artículo 2 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , Ley 29/1998 de 13 de julio, en relación con los artículos 1 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como la jurisprudencia.

El motivo debe desestimarse. La LEC concede a la parte demandada la oportunidad procesal de denunciar mediante declinatoria la falta de jurisdicción (artículo 39 ) y, si no lo hace en el momento oportuno, puede



solicitar del tribunal -como ha hecho en el caso presente- que la estime de oficio. Ahora bien, una vez que el tribunal no considera que deba proceder de oficio a declarar su falta de jurisdicción, la parte difícilmente puede invocar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siendo cuestionable que pueda recurrir por infracción procesal cuando realmente se trata de una cuestión nueva que, por falta de planteamiento en primera instancia, no fue resuelta por el Juzgado. En todo caso la Audiencia da suficientes razones para justificar la competencia de la jurisdicción civil, tanto por la propia mención de los estatutos de la demandada, en cuanto la califican como entidad de derecho privado, la propia previsión del contrato sobre su sujeción al derecho civil y la normativa que regía la materia en el momento de celebración.

El segundo motivo denuncia incongruencia de la sentencia sobre la

base de que en la demanda se pide el pago del importe de unas certificaciones,

que no cuentan con la firma de la dirección facultativa, mientras que la sentencia viene a conceder una cantidad resultante de una liquidación de la obra no solicitada por ninguna de las partes. La Audiencia entiende que la acción que ejercita la parte demandante es de reclamación de cantidad y confirma las conclusiones de la sentencia apelada, la cual considera que la demandante no ha probado que la parte del precio que reclama se corresponda realmente con la obra ejecutada, pero tampoco considera acreditado que la ejecución de la obra presentase defectos tan graves que justifiquen que la demandada pueda quedar liberada del cumplimiento de sus obligaciones.

La incongruencia, que en este caso derivaría de una alteración de la causa de pedir, no puede ser apreciada. Es cierto que en el suplico de la demanda se refiere la pretensión a las cantidades fijadas en las referidas certificaciones de obra, pero no se alude a las mismas como títulos de carácter abstracto cuyo cumplimiento se solicita al margen de lo que deba resolverse sobre el cumplimiento del contrato dado por las partes. En todo caso es cierto que las certificaciones no aparecen firmadas, pero sí lo están la actas de recepción provisional de la obra y desde luego la parte demandada no puede alegar la existencia de indefensión alguna derivada de la resolución judicial recurrida -lo que se encuentra en la naturaleza de la exigencia del requisito procesal de congruencia- pues efectivamente se pudo defender -y lo ha hecho- respecto de la reclamación que se le efectuaba por la ejecución de la obra contratada. Lo que prohíbe el artículo 218 LEC, a efectos de respeto del requisito de la congruencia, es que el tribunal resuelva acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos a los que las partes hayan querido hacer valer, lo que en absoluto se ha producido en el caso presente.

### Recurso de casación

**TERCERO.-** El primer motivo de casación se fundamenta en la vulneración del artículo 1258, en relación con las reglas de interpretación de los contratos y el 1124, ambos del Código Civil, afirmando que se vulneran las reglas generales de distribución de la carga de la prueba -lo que es cuestión procesal y no sustantiva- y lo dispuesto en el citado artículo 1258, según el cual los contratos obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado entre las partes.

El motivo carece de fundamento ya que el artículo 1258 CC se refiere a las obligaciones que nacen de los contratos y no alude directamente a su interpretación que, por otra parte, es facultad de los tribunales de instancia salvo supuestos excepcionales, como esta sala ha declarado con reiteración. Por otra parte el artículo 1124 CC se refiere al cumplimiento de las obligaciones propias del contrato y no a la liquidación del mismo, de modo que las normas sobre liquidación se establecen en el contrato en orden a que la misma se produzca extrajudicialmente pero, una vez que se acude a la vía judicial para llevar a cabo dicha liquidación, tales previsiones contractuales únicamente juegan en cuanto puedan afectar a las obligaciones materiales de las partes derivadas del contrato y no a efectos de prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones que, en este caso, se ha podido llevar a cabo sin limitación alguna en el proceso. Precisamente la invocación en el motivo del contenido del artículo 217 LEC pone de manifiesto que lo que en realidad se viene a discutir es la valoración de la prueba sobre la obra efectivamente ejecutada, la forma en que lo ha sido y la cantidad que corresponde pagar por dicha obra a quien se beneficia de ella.

El segundo motivo denuncia la misma infracción legal del artículo 1258 CC en relación con la condena a la recurrente al pago de las cantidades correspondientes a retenciones previstas en el contrato. El artículo 1258 CC se refiere en general a las obligaciones derivadas del contrato y, si afecta a la interpretación del mismo, es en el único sentido de extender dichas obligaciones a aquéllas consecuencias que, aun no previstas especialmente, se deriven naturalmente del mismo conforme a la buena fe, al uso y a la ley, pero no afecta a la interpretación del contrato en cuanto a cuestiones que sí están previstas en el mismo, ya que en tal caso sólo podrá denunciarse la vulneración de los principios de interpretación contractual mediante la invocación de las normas específicas que en el Código Civil disciplinan esta materia.

Por ello ambos motivos de casación han de ser desestimados.



**CUARTO.-** Desestimados ambos recursos, procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por los mismos ( artículos 394 y 398 LEC ) y la pérdida de los depósitos constituidos.

## **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la entidad demandada Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5.ª) con fecha 9 de marzo de 2015 en el Rollo de Apelación n.º 6791/2014 .

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida.

**3.º-** Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por los referidos recursos con pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.