



Roj: **STS 777/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:777**

Id Cendoj: **28079110012019100148**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2019**

Nº de Recurso: **3372/2015**

Nº de Resolución: **160/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1965/2015,**
STS 777/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 160/2019

Fecha de sentencia: 14/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3372/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN 5.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3372/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 160/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 14 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la mercantil Servicios de Encofrado Alisán S.A., representada por la procuradora D.^a Carmen García Rubio bajo la dirección letrada de D. Alberto Rey Núñez, contra la sentencia n.º 414 dictada en fecha 22 de julio de 2015 por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 896/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 864/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Málaga, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Muelle Uno-Puerto de Málaga S.A. (antes Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A.), representada por la procuradora D.^a Gloria Robledo Machuca en sustitución de su compañero D. Manuel Lanchares Perlado y bajo la dirección letrada de D. Rafael Medina Pinazo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La mercantil Servicio de Encofrados Alisán S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"1.- Condene a la demandada Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A. al pago de DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (241.848,75 €), en virtud de su calidad de deudor directo de la constructora Estructuras y Construcciones Reina María S.L. y dueño de la obra, según el artículo 1597 CC .

"2.- Subsidiariamente, y en caso de que se demuestre en juicio que la cantidad adeudada por Unión de Iniciativas Marina de la Farola, S.A. a Estructuras y Construcciones Reina María S.L. es inferior a la cantidad adeudada por ésta última a mi mandante, se condene a Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A. al pago de la diferencia con la cantidad demandada, en virtud de la doctrina de enriquecimiento injusto citada en la presente demanda.

"3.- Se condene a la demandada al pago de los intereses devengados por la suma reclamada desde la presentación de esta demanda hasta el pago completo de la misma.

"4.- Se condene a la demandada al pago de las costas judiciales en virtud del artículo 394 LEC ".

2.- La demanda fue presentada el 10 de mayo de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Málaga y fue registrada con el n.º 864/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de todos los pedimentos de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia de Málaga dictó sentencia de fecha 26 de abril de 2013 , con el siguiente fallo:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el/la procurador/a D.^a Celia del Río Belmonte en nombre y representación de Servicios de Encofrado Alisán S.A. contra Unión de Iniciativas Marina de la Farola SA. representada por el procurador D. Antonio Castillo Lorenzo, DEBO CONDENAR y CONDENO a la demandada a pagar a la parte actora la cantidad de 198.852,94 euros, más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda; todo ello sin hacer expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 896/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 22 de julio de 2015 , con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Unión de Iniciativas Marina de la Farola SA., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Málaga, en los autos de juicio ordinario a que dicho recurso se refiere, previa revocación de la misma, debemos:

"a) Desestimar la demanda formulada en la instancia absolviendo a la mercantil demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.



"b) Condenar a la mercantil Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A. al pago de las costas causadas en la instancia.

"c) No hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada".

3.- Servicios de Encofrados Alisán S.A. así como Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A. a través de sus representaciones procesales, presentaron sendos escritos solicitando aclaración de sentencia que fue resuelta mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la aclaración interesada por la procuradora D.^a Celia del Río Belmonte y haber lugar a aclarar la sentencia de esta sala recaída en el presente rollo de apelación, interesada por el procurador D. Antonio Lorenzo Castillo, quedando el fallo definitivamente con el siguiente tenor literal:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Málaga, en los autos de juicio ordinario a que dicho recurso se refiere, previa revocación de la misma, debemos:

"a) Desestimar la demanda formulada en la instancia absolviendo a la mercantil demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra.

"b) Condenar a la mercantil Servicios de Encofrados Alisán S.A. al pago de las costas causadas en la instancia.

"c) No hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada".

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

1.- Servicio de Encofrados Alisán S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Recurso extraordinario por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto el artículo 209 LEC en relación con el artículo 218 de la misma Ley .

"Segundo.- Recurso extraordinario por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en concreto del artículo 218 LEC ".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.- Recurso de casación por infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo.

"1.1. Exigibilidad del Crédito, según la doctrina contenida, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del TS de fecha 25 de octubre de 2012 (Recurso 742/2010) .

"1.2. Reclamación previa al contratista, según la doctrina contenida, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del TS de fecha 8 de mayo de 2008 (Recurso 443/2001) y la sentencia de la Sala Primera del TS de fecha 26 de septiembre de 2008 (Recurso 155/2002)".

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 21 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Servicios de Encofrado Alisán S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 22 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, en el rollo de apelación 896/2013 , dimanante del juicio ordinario 864/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Málaga".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 11 de febrero de 2019 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 5 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes



El presente litigio versa sobre el ejercicio de la acción directa del art. 1597 CC y, subsidiariamente, acción de enriquecimiento injusto, por parte de Servicios de Encofrados Alisán S.A. contra Unión de Iniciativas Marina de la Farola S.A. (en la actualidad, Muelle Uno-Puerto de Málaga S.A.).

1.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Por lo que interesa a efectos del presente recurso, el juzgado razonó:

"Se da, así mismo, el requisito de la existencia de dos contratos diferenciados y también la existencia de dos créditos: el de la demandante frente a su contratista ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES REINA MARÍA S.L. y el de ésta frente a la dueña de la obra demandada, legitimada pasivamente para soportar esta acción como ya se ha puesto de manifiesto. Que es deudora de ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES REINA MARÍA S.L. lo ha puesto de manifiesto la propia demandada, pero es también requisito imprescindible para el ejercicio de la acción directa del 1.597 que el crédito sea exigible, exigibilidad que viene determinada porque esté vencido, si bien no es necesario ni que sea líquido ni que esté amparado por un título ejecutivo. La obra entre comitente y contratista está finalizada, pero no liquidada.

"Por un lado se ha puesto de manifiesto que las últimas certificaciones, respecto del contrato de referencia de 9/11/2010, no han sido liquidadas. La acreedora de la demandada ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES REINA MARÍA S.L. mantiene una cuantía del crédito muy superior a la que entiende UNIÓN DE INICIATIVAS MARINA DE LA FAROLA S.A., quien sí ha presentada la certificación n° 9 y de liquidación de obra visada por la Dirección Facultativa, exigencia contractual, en la que se fija dicha liquidación en 198.852,94 euros (documento 7 de la contestación, emitido el 15/05/2012), lo que no consta aceptada por la principal contratista, quien a fecha 22/02/2012 entendía que mantenía un crédito con la promotora de 501.754,51 euros, refiriéndose a la certificación 9 citada (acta notarial de esa fecha adjunta al documento 5 de la contestación). Pero es más. La demandante presenta en prueba de su crédito facturas, de la 1 a la 11 de la demanda, en las que en todas y cada una de ellas se especifica que la forma de pago es mediante pagaré con distintos vencimientos cada uno de ellos con vencimientos que se dilatan desde septiembre de 2.011 a abril de 2.012 (la demanda es de 10 de mayo de 2.012), hecho que no fue controvertido en la Audiencia Previa y que ha sido introducido por la demandada en el trámite de conclusiones, motivo por el que no puede introducirse como controversia para no causar indefensión a la contraparte. Pero sí hay que decir que se desconoce, siquiera, si tales pagarés fueron emitidos, aunque ha sido el representante legal de Reina María quien ha mantenido en juicio que no han sido satisfechas las facturas en las que basa su reclamación la parte actora, lo que debe traducirse o en impago de pagarés o en inexistencia de los mismos.

"Debe concretarse, por tanto, ante estos datos, que es una realidad el crédito que la contratista ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES REINA MARÍA S.L. ostenta frente a UNIÓN DE INICIATIVAS MARINA DE LA FAROLA S.A., pero no su cuantía, si bien al menos son debidos 198.852,94 euros respecto del contrato del que deriva la acción directa (el de 9/11/2010), cantidad hasta la que coinciden ambas empresas. Sólo esta cantidad debe ser considerada como exigible por vencida, pues sobre el resto existe controversia, sin que se haya procedido a la liquidación final de obra. Esta consideración hace innecesaria la prueba solicitada como diligencia final por la parte demandante.

"En el documento n.º 5 aportado por la demandada en la contestación a la demanda de 18/05/2012 se comunica por la demandada a la demandante que el 16/02/2012 fue requerida por la TGSS por embargo de cualquier crédito que ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES REINA MARÍA S.L. ostentara frente a ella hasta cubrir 209.656,79 euros, pero no se aporta dicho requerimiento, lo que se ha pretendido efectuar extemporáneamente en cumplimiento del requerimiento en fase probatoria de otra documentación. De haberse acreditado convenientemente y, de no existir otros contratos entre comitente y contratista principal, podríamos concluir que ningún importe de la deuda es exigible por retención preferente, pero existiendo otros contratos, y no habiéndose aportado dicha documentación en el momento procesal oportuno, debe mantenerse la vigencia de crédito exigibles hasta el importe de 198.852,94 euros. Tampoco puede ser acogida la alegación sobre la pignoración del crédito por Reina María a favor del Banco Pastor, por haberse pretendido acreditar extemporáneamente. Y respecto a la cesión de crédito a lo que la demandada hace referencia nada se ha de examinar porque la actora está ejercitando la acción directa del art. 1597 del Cc y no el derecho de cesión crédito que a su favor efectuó Reina María, mediante acta notarial, por importe inferior al reclamado, pero que en nada afecta a la reclamación actual".

2.- La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y desestimó la demanda. Por lo que interesa a efectos del presente recurso, la sentencia de segunda instancia razonó:

"En el caso, el contrato de "CIMENTACIÓN Y ESTRUCTURA FASE I" respecto al cual la demandante ENCOFRADOS ALISÁN S.A. prestó el arrendamiento de materiales, es un contrato de tanto alzado, como señala la Juzgadora de Instancia un precio "alzado total", aunque después o aumente o disminuya al establecerse



un crédito futuro cierto y determinado en el contrato principal de la obra, conforme a la jurisprudencia que cita, siendo ajustada a derecho también, y a la misma, la conclusión a la que llega en orden a convenir que el arrendamiento prestado por la actora queda comprendido en el artículo 1593 del Código Civil, aunque las prestaciones no tengan un resultado materialmente apreciable o se consumieran durante la ejecución. Sin embargo, esta Sala, conforme a la jurisprudencia reseñada, discrepa en orden a la exigibilidad del crédito, requisito ineludible para el éxito de la acción. En efecto, en el momento de la acción no existía ni en el momento de la sentencia una cantidad determinada -adeudada por la demandada al contratista principal y la cantidad finalmente concedida en la instancia 198.852,94 euros, no tiene correspondencia con lo reclamado, al basarse exclusivamente en certificación de la Dirección Facultativa (especie de mínimo exigible) pero encontrándose aún discutida la cantidad. Y el hecho de no haber requerido de pago, constituido en mora a la contratista principal, ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES REINA MARÍA S.L., impide el ejercicio de la acción, por lo que el recurso habrá de ser estimado conforme se dirá en la Parte Dispositiva de esta resolución".

3.- Interpone recursos por infracción procesal y de casación la demandante.

En su escrito de oposición, la recurrida invoca causas de inadmisibilidad y causas de oposición.

Es doctrina de la sala que la exigencia de decisión expresa en la sentencia sobre las causas de inadmisibilidad del recurso alegadas por el recurrido en su escrito de oposición al recurso, con base en lo previsto en el segundo párrafo del art. 485 LEC, debe entenderse circunscrita a lo que esta sala considera causas de inadmisión absolutas. Por el contrario, las denominadas causas relativas de inadmisión, referentes a mera técnica casacional, deben entenderse en principio resueltas en el auto de admisión. Al no ser absolutas las causas invocadas por la recurrida procede que la sala analice el fondo de los recursos planteados, con independencia del resultado desestimatorio que se alcance.

SEGUNDO. - Recurso extraordinario por infracción procesal

1.- *Formulación del motivo primero*. El primer motivo denuncia infracción del art. 209 en relación con el art. 218 LEC.

La recurrente explica que la sentencia recurrida carece de la exhaustividad exigible, atendida la insuficiencia de su motivación, que no fundamenta el fallo. A mayor abundamiento razona que la propia sentencia, al interpretar el art. 1597 CC en atención a la jurisprudencia existente, afirma que se trata de una acción no sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista, pero que luego se contradice cuando afirma que, en el caso, el hecho de no haber requerido de pago al contratante principal impide el ejercicio de la acción. Añade que, de cualquier forma, la propia demandada reconoce, y está probado documentalmente, que la contratista no solo había sido requerida de pago sino que incluso había reconocido la deuda para con la actora subcontratista. Concluye que, por todo ello, la sentencia, además, incurre en los vicios de incongruencia, falta de claridad y precisión.

El motivo va a ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

2.- *Desestimación del motivo primero*. Aunque al enumerar los requisitos legales de admisibilidad en el recurso se menciona el art. 469.1.2.º y 3.º LEC, en la formulación del motivo no se hace indicación expresa del precepto y del motivo concreto que, de entre los que contempla el art. 469 LEC, lo cobija. Además, se acumulan sin la debida separación varias denuncias, a las que vamos a dar respuesta, para rechazarlas.

En primer lugar, la sentencia recurrida no adolece de falta de motivación, pues exterioriza las razones por las que considera que no procede estimar la demanda, y otra cosa es el acierto de su razonamiento y su adecuación a la doctrina de la sala. La sentencia recurrida, tras exponer en su fundamento de derecho primero la decisión del juzgado, los motivos de la apelación y los argumentos de la demandante para oponerse a la apelación, en el fundamento segundo analiza la acción del art. 1597 CC en relación con la jurisprudencia y, finalmente, en los términos transcritos en el fundamento primero de esta sentencia, explica la razón y el fundamento legal de su fallo. La razón por la que la sentencia considera que debe estimarse el recurso de apelación y desestima la demanda es porque considera que es un requisito de la acción directa que el crédito del contratista contra el dueño de la obra sea exigible y entiende que, en el caso, no lo es, por ser discutida la cantidad. Aunque esta razón bastaría para fundar el fallo, la sentencia añade a continuación, que el hecho de no haber requerido de pago a la contratista impide el ejercicio de la acción.

La motivación de las sentencias, como exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE, requiere una respuesta judicial argumentada en derecho que se vincule a los extremos sometidos a debate por las partes (por todas, sentencia 194/2016, de 29 de marzo), de modo que su razonamiento pueda someterse a control a través de los correspondientes recursos. Por esta razón, la denuncia por falta de motivación no puede confundirse con la discrepancia con las conclusiones que obtiene una sentencia. Estas conclusiones podrán ser revisadas en el marco del recurso de casación si la falta del acierto que se pretende denunciar se refiere a



la valoración jurídica de los hechos y a la aplicación de una determinada norma sustantiva. De esta forma, sólo una motivación ilógica o arbitraria, porque en la sentencia no se expresen o no se entiendan las razones por las que se sientan las conclusiones del litigio o su fallo, podría ser revisada a través de este recurso (sentencias 294/2012, de 18 de mayo , 790/2013, de 27 de diciembre , y 504/2016, de 20 de julio , entre otras).

En segundo lugar, por lo que se refiere a la incongruencia de la sentencia a que se hace referencia en este primer motivo debe observarse lo siguiente. La sentencia, en primer lugar, al recoger la jurisprudencia sobre el art. 1597 CC , contiene unas afirmaciones aparentemente contradictorias, al decir al mismo tiempo que no es necesaria la previa reclamación al contratista y que basta con haberle constituido en mora; luego, al referirse al caso litigioso, afirma que no se ha requerido de pago a la contratista, constituyéndole en mora. Esta contradicción, con ser cierta, no permite estimar el motivo, porque su apreciación carecería de efecto útil en tanto que la "ratio decidendi" de la sentencia tiene que ver con la exigibilidad del crédito de la contratista contra el comitente o dueño de la obra.

A lo anterior debe añadirse que, si lo que quiere denunciar la parte es error en la valoración de la prueba por lo que se refiere a que sí hubo requerimiento de pago, debió hacerlo expresamente por el cauce adecuado y, si lo que quiere es denunciar la exigencia indebida de un presupuesto para el ejercicio de la acción del art. 1597 CC , esa es una cuestión jurídica propia del recurso de casación, y a lo que se diga en su resolución nos remitimos.

3.- Formulación del motivo segundo . El segundo motivo denuncia infracción del art. 218 LEC . En su desarrollo denuncia incongruencia omisiva.

La recurrente explica que en su demanda ejercitó como acción principal la acción directa y, subsidiariamente, una acción de enriquecimiento injusto, para el caso de que en el juicio se demostrara que la cantidad adeudada por la demandada a la contratista era inferior a la adeudada por esta última a la demandante. Razona que el juzgado solo se pronunció sobre la petición principal y estimó parcialmente la demanda, pero que la Audiencia, al estimar el recurso de apelación, debió pronunciarse expresamente sobre la petición subsidiaria relativa al enriquecimiento injusto.

4.- Desestimación del motivo segundo. El motivo va a ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

Si consideraba que era preciso un pronunciamiento expreso sobre la acción de enriquecimiento, la recurrente debió pedir la subsanación de la sentencia (art. 469.2 LEC). Además, pretender un ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento y considerar que el tribunal debe pronunciarse de modo expreso sobre esta pretensión es un artificio, puesto que la acción directa contra el dueño de la obra lo es, según establece expresamente el art. 1597 CC , "hasta la cantidad que este adeude a aquél", esto es, al contratista. Esto es lo que hizo el juzgado al estimar la demanda parcialmente y condenar a la empresa comitente a pagar a la demandante hasta el importe que consideró acreditado del crédito a favor de la contratista. Algo que formalmente la demandante solicitaba como contenido de su acción subsidiaria de enriquecimiento, pero que legalmente es contenido de la acción directa del art. 1597 CC .

TERCERO. - Recurso de casación

1.- Formulación de los motivos del recurso . El recurso de casación se articula en dos "submotivos" en los que denuncia infracción del art. 1597 CC .

En el desarrollo del primer "submotivo" la recurrente argumenta que, de acuerdo con la jurisprudencia (cita las sentencias de 26 de septiembre de 2008, rec. 155/2002 , y de 25 de octubre de 2012, rec. 742/2010), es preciso que el crédito sea exigible en el sentido de que esté vencido, si bien no es necesario que sea líquido ni que esté amparado por un título ejecutivo. Tras reproducir el razonamiento del juzgado que se ha incluido en el primer fundamento de esta sentencia, añade que la sentencia de la Audiencia infringe también los arts. 63 del Código de comercio y 3 y 5 de la Ley de 29 de diciembre sobre medidas de lucha contra la morosidad, ya que el impago de las facturas reclamadas supone que el deudor principal debía las cantidades correspondientes a las mismas y que, con independencia de la calificación del contrato entre contratista y subcontratista, ya estaba en mora. Explica que en las once facturas que aportó con la demanda se consignaba una fecha de vencimiento, alcanzado en todos los casos antes de la demanda y que la contratista suscribió un documento notarial en el que reconocía la deuda reclamada en la demanda.

En el desarrollo del segundo "submotivo" la recurrente argumenta que, según la doctrina contenida, entre otras, en las sentencias de la Sala Primera de fecha 8 de mayo de 2008 (rec. 443/2001) y 26 de septiembre de 2008 (rec. 155/2002), no es un presupuesto de la acción directa la reclamación previa al contratista. Añade que, a mayor abundamiento, el contratista era consciente del crédito pendiente que mantenía con la demandante, como resulta del reconocimiento de deuda aportado por la propia demandada, lo que puede considerarse como requerimiento de pago y constitución en mora del contratista.



2.- Desestimación del recurso. La acción del art. 1597 CC presupone que el dueño de la obra o comitente debe al contratista y este, a su vez, debe al subcontratista. En el caso, la sentencia recurrida desestima la demanda argumentando que el crédito de la contratista contra la empresa comitente o dueña de la obra no era exigible, que no existía una cantidad determinada adeudada por la demandada a la contratista, y que la cantidad concedida en la instancia se basaba en una certificación, pero que la cantidad aún estaba discutida.

La recurrente, en lugar de impugnar este pronunciamiento, que se refiere al crédito de la contratista, razona sobre la exigibilidad del crédito de la subcontratista, es decir, su crédito contra la contratista, sobre lo que la sentencia recurrida no se ha pronunciado. De la misma manera, las dos sentencias citadas por la recurrente (882/2008, de 26 de septiembre, y 605/2012, de 25 de octubre) y cuya doctrina habría infringido la sentencia recurrida se refieren a la exigibilidad y el vencimiento del crédito del subcontratista.

Puesto que la recurrente impugna erróneamente la sentencia recurrida, como si la desestimación de la demanda se basara en la falta de exigibilidad del crédito de Servicios de Encofrados Alisán S.A. contra Estructuras y Construcciones Reina María S.L., cuando la Audiencia lo que afirma es que la acción directa no puede prosperar porque no era exigible por no estar determinado el crédito de Estructuras y Construcciones Reina María S.L. contra la demandada, Unión de Iniciativas Marina de la Farola, S.A., el primer "submotivo" de su recurso no puede prosperar.

El segundo "submotivo" del recurso tampoco puede prosperar. Tiene razón la recurrente en que, de acuerdo con la doctrina de la sala no es preciso reclamar previamente el pago al contratista, pero como ya hemos advertido al resolver el recurso por infracción procesal no es esa la razón principal en que se funda la desestimación de la demanda, sino el que la Audiencia considere que la deuda del dueño de la obra frente a la contratista no estaba determinada. Con independencia del acierto de la afirmación de la Audiencia acerca de la falta de reclamación a la contratista, no constituye la "ratio decidendi" de la sentencia.

Como recuerda la sentencia 453/2018, de 18 julio, "tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan "ratio decidendi" (autos 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos "obiter", a "mayor abundamiento" o "de refuerzo" (SSTS número 362/2011, de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras). La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya "ratio decidendi" (sentencias 238/2007, de 27 de noviembre ; 1348/2007, de 12 de diciembre ; 53/2008, de 25 de enero ; 58/2008, de 25 de enero ; 597/2008, de 20 de junio, entre otras)".

En consecuencia, los motivos incurrir en la causa de inadmisión del ordinal 4.º (carencia manifiesta de fundamento) del art. 483.2 LEC, apreciable en este acto procesal como razones para su desestimación.

CUARTO. - Costas y depósito

La desestimación de los recursos por infracción procesal y casación determina que se impongan las costas de ambos recursos a la parte recurrente (arts. 394.1 y 398.1 LEC) y que proceda la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

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 de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Servicios de Encofrado Alisán S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 22 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, en el rollo de apelación 896/2013, dimanante del juicio ordinario 864/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Málaga.

2.º- Imponer a la parte recurrente las costas generadas por ambos recursos y la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.