



Roj: **SAP OU 769/2004 - ECLI: ES:APOU:2004:769**

Id Cendoj: **32054370012004100331**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2004**

Nº de Recurso: **392/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Jesús Francisco Cristín Pérez, Presidente, doña Josefa Otero Seivane, y don **José Arcos Álvarez**, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM.

En la ciudad de Ourense a 20 de julio de dos mil cuatro.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de menor cuantía procedentes del Juzgado mixto de Ourense 1 seguidos con los núms. 330/97, 6 y 325/98, acumulados, rollo de apelación núm. 392/03, entre partes, como apelantes GARRIGA E HIJOS, S.L. representados por la Procuradora D^a. MARÍA JESÚS SANTANA PENÍN bajo la dirección del Letrado D. JESÚS GARRIDA DOMÍNGUEZ, D. Jose Pedro, D. Ángel, D. Fernando Y D. Mauricio, representados por el Procurador D. JULIO TORRES PIÑEIRO, bajo la dirección del Letrado D. MANUEL MARÍA CARNICERO y, como apelada DIRECCION000, representada por la procuradora D^a. MARÍA GLORIA SÁNCHEZ IZQUIERDO bajo la dirección de la Abogada D^a. CONCEPCIÓN G. DE LA CÁMARA. Es ponente el Ilmo. Sr. D. **José Arcos Álvarez**

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado mixto de de Ourense 1 se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 28 de julio de 2003 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por el Procurador SR. TORRES PIÑEIRO en nombre y representación de Ángel, Fernando y Mauricio contra GARRIGA E HIJOS S.L. Y DIRECCION000, haciendo expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora. Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por el Procurador SR. TORRES PIÑEIRO en nombre y representación de Ángel, Fernando Y Mauricio contra GARRIGA E HIJOS S.L. Y DIRECCION000 haciendo expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora. Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sra. SANTANA PENÍN en nombre y representación de GARRIGA E HIJOS S.L. contra Fernando, Ángel, Fernando Y Mauricio, Ángel, Fernando Y Mauricio a pagar a GARRIGA E HIJOS S.L. la cantidad de 16.540,74 euros (equivalentes a 2.752.147 pesetas) con aplicación del interés legal desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha de esta resolución y desde esta y hasta el completo paga será de aplicación los intereses previstos en el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Sin que proceda hacer una especial imposición de las costas causadas respecto de esta demanda".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de GARRIGA E HIJOS, S.L., Jose Pedro, Ángel, Fernando Y Mauricio recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de la segunda instancia la sentencia de fecha 28 de julio de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ourense, en lo atinente a la determinación del grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los litigantes al ser el extremo impugnado por los recurrentes y al que, consiguientemente, ha de ceñirse el debate de apelación.

En concreto, la mercantil Garriga e Hijos, S. L., que reclama al Sr. Carnicero el abono de la parte correspondiente, según su cuota de participación en el inmueble litigioso, de los gastos en que la sociedad mercantil ha incurrido en la realización de las obras en el DIRECCION000, obras entre las que se encuentra la puesta en funcionamiento del ascensor del citado edificio, pretendiendo la estimación total de su demanda para que no sea eximida la parte contraria del abono del importe que le corresponde respecto de los gastos totales del aparato elevador. Esta exención del pago de los gastos se declaró por la Juzgadora de instancia al entender que es de aplicación la cláusula penal pactada entre los ahora recurrentes por no haberse ejecutado la obra en cuestión (instalación y puesta en funcionamiento del aparato elevador) antes del término contractualmente convenido.

A ello se opone Garriga e Hijos, S. L., alegando la inaplicabilidad de la cláusula penal al no serle imputable el retraso en la instalación y puesta en funcionamiento del ascensor. Por otro lado, la constructora invoca la necesidad de interpelación por parte del acreedor para que la cláusula penal sea exigible, intimación que en el presente caso no ha existido. El tercero de los argumentos esgrimidos para atacar la resolución de instancia hace alusión a que, siendo una relación obligatoria de carácter bilateral, no puede entenderse incumplida la obligación de entrega en plazo del ascensor cuando la otra parte incumplió las obligaciones que le incumbían. Por último, acaba instando, para el caso de considerarse aplicable la cláusula penal, se proceda a moderar la pena según lo previsto en el art. 1154 del Código Civil.

Por su lado, la representación procesal de D. Ángel, Jose Pedro y Mauricio, hace basar su recurso de apelación, fundamentalmente, en los siguientes motivos. El primero de ellos es, en esencia, incardinable en el error en la valoración de la prueba por cuanto la parte apelante manifiesta que "la documental de documentos privados y de las certificaciones municipales con soporte en la Constitución" (sic), no puede ser contradicha por la prueba testifical. Un segundo motivo de oposición a la sentencia de instancia se apoya en el supuesto carácter ilegal de las obras realizadas por la constructora pendiendo expedientes administrativos referidos a las obras litigiosas.

La representación procesal de la comunidad de propietarios del nº 19 de la Calle del Paseo de Ourense, también parte en este proceso, manifiesta no tener nada que alegar en esta instancia por cuanto la presente litis deriva y en ella se ventila la relación contractual existente entre la sociedad Garriga e Hijos, S. L., y los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los motivos aludidos en el expositivo precedente, es necesario dejar claro que, en el ámbito de la jurisdicción civil en la que nos encontramos, rige el principio de justicia rogada. Así, según este principio contenido en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los tribunales concretarán sus resoluciones a las pretensiones deducidas por las partes, cuestión que como es de ver vincula de manera expresa al órgano judicial conforme a las previsiones del artículo 218 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil que establece los principios de exhaustividad y congruencia que son de aplicación directa a la presente resolución y sin que el Tribunal de segundo grado en base a los principios previamente expuestos pueda entrar a resolver sobre cuestiones no suscitadas o si bien en su momento lo fueron (en el escrito de preparación), han sido posteriormente abandonadas por el recurrente y no debidamente formalizadas. Esto es lo que sucede en el presente supuesto en el que la representación procesal de los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio muestra su voluntad de recurrir los pronunciamientos de la resolución de instancia que determinan la desestimación de la demanda por ellos interpuesta pero, ulteriormente, en el escrito de interposición del recurso de apelación, los motivos de oposición invocados implican el aquietamiento con algunos de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, pronunciamientos respecto de los cuales esta Audiencia, como no podía ser de otra manera y en virtud de lo que acabamos de referir, no debe entrar ciñéndose el debate según la delimitación efectuada por los recurrentes.

TERCERO.- Dicho lo anterior y siendo objeto de apelación la sentencia de instancia en la cuestión relativa al grado de cumplimiento de la relación obligatoria que liga a las partes, se hace preciso constatar el nacimiento y contenido, a los efectos que aquí nos interesan, de la mentada relación obligacional.

Las partes celebran dos contratos privados. En el primero de ellos, de fecha 17 de octubre de 1994, en el que intervienen D. Jose Pedro en nombre propio y en el de sus hijos a los que representa, y D. Jesús Garriga Paz, en nombre y representación de la entidad Garriga e Hijos, S. L., y a los efectos que aquí nos interesan, se establece en su cláusula tercera que a Garriga e Hijos, S. L., se le conceden "las más amplias facultades para actuar



incluso sobre los elementos comunes del edificio. En caso de duda sobre estos extremos, se entenderá que las facultades concedidas a Garriga e Hijos, S. L., lo han sido en el sentido más amplio". En el punto quinto del clausulado se fija "que Garriga e Hijos, S. L., deberá adecuar y poner en funcionamiento el ascensor del edificio, en la forma que exijan las disposiciones administrativas, debiendo la otra parte contribuir a los gastos que ello ocasione de acuerdo con la cuota de participación que le corresponda en los gastos comunes del edificio. Los trámites para tal fin deberán ser iniciados por Garriga e Hijos, S. L., en el plazo máximo de tres meses."

Por su parte, en el contrato celebrado entre las mismas partes, de fecha 28 de julio de 1995, en su cláusula primera, se prevé "que Garriga e Hijos, S. L., se compromete a llevar a cabo la puesta en marcha del ascensor antes del día 30 de noviembre de 1995, de forma que de servicio al piso quinto con comodidad y sin dificultad de acceso, salvo circunstancias de fuerza mayor o de carácter técnico no imputables a Garriga e Hijos, S. L. De no hacerlo así, en el plazo pactado el Sr. Jose Pedro y sus hijos quedarán exentos del pago de su participación en los gastos del mismo".

CUARTO.- Después de haber fijado el origen y el contenido de la relación obligacional que vincula a los pleiteantes en los extremos aquí debatidos, también se ha de precisar que la relación jurídica existente entre ambas partes deriva de sendos contratos de carácter bilateral, es decir, que produce para ambas partes obligaciones recíprocas, siendo cada una de ellas acreedora y deudora de sendas obligaciones, enlazadas entre sí por una relación de reciprocidad (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993). La entidad constructora se obligó a ejecutar la obra en el término pactado y los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio se obligaron al pago de los gastos de la obra en la proporción que le correspondiesen. Como obligación accesoria de la obligación principal de la constructora (instalar y poner en funcionamiento el aparato elevador del inmueble), se estableció una cláusula penal cuyo contenido es liberar del pago a los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio para el caso de que Garriga e Hijos, S. L., no pusiesen en marcha el ascensor del edificio de litis antes del 30 de noviembre de 1995.

Sin perjuicio de la libertad de pactos reconocida a los contratantes ex art. 1225 del Código Civil , este mismo precepto establece algunas limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes siendo uno de esos límites la ley. Pues bien, al no constar que las escaleras y el ascensor sean elementos privativos del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, en virtud de escritura pública otorgada el 28 de julio de 1995 (folio 140), se trata de elementos comunes a los que son de aplicación las normas especiales previstas para tal régimen de propiedad según el art. 396 del Código Civil , Ley de Propiedad Horizontal, y por la voluntad de los interesados sólo cuando dicha Ley de Propiedad Horizontal lo permita. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (sentencias de 25 octubre 1989, 29 diciembre 1992, 29 octubre 1993 y de 28 enero 1994 entre otras), la normativa establecida en la LPH es de carácter imperativo y, por tanto, de necesario y obligado cumplimiento de forma que lo pactado no puede contravenir normas legales imperativas de "ius cogens". En este sentido, el art. 9. 1. e) de la Ley de Propiedad Horizontal contiene un precepto imperativo ya que prevé, como una de las obligaciones de cada propietario, la de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Siendo una de las obligaciones contenidas en los documentos contractuales privados antes mencionados, precisamente la obligación asumida por los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio , copropietarios de alguno de los pisos del inmueble litigioso como también lo es la otra parte recurrente respecto de otros pisos del mismo, la de contribuir a los gastos generales del edificio, dicha obligación sería cuando menos discutible por su eventual afectación a preceptos imperativos. No obstante, al no haber sido planteada por las partes pretensión alguna en tal sentido, no resulta procedente entrar en esta cuestión.

QUINTO.- Cuestión central del debate planteado por Garriga e Hijos, S. L., es determinar si la cláusula penal pactada es aplicable o no, es decir, si la constructora y copropietaria del inmueble debe soportar en exclusiva los gastos que se derivan de la instalación y puesta en funcionamiento del aparato elevador aún reconociendo, como lo hace en el escrito de formalización del recurso, que el ascensor no estaba habilitado para prestar el servicio que le es propio antes del día 30 de noviembre de 1995 o si, por el contrario, aún habiéndose excedido en dicho plazo, la constructora le puede exigir a los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio el importe que le corresponde en los gastos de la obra. Para ello es obligado tener en cuenta las circunstancias del retraso en el cumplimiento de la obligación asumida por Garriga e Hijos, S. L.

Hemos de partir que la efectividad de la cláusula penal, bien en su plena virtualidad del art. 1.152 CC bien con la moderación judicial de la misma que contempla el art. 1.154 , del mismo cuerpo legal, sólo puede tener lugar cuando el incumplimiento o defectuoso cumplimiento sea debido a dolo, culpa o cualquier otra causa imputable a la parte que asume la responsabilidad, lo que quiere decir que "ope legis" la aplicación de la cláusula penal precisamente sólo tiene virtualidad en aquellos supuestos de dolo o culpa del que se vea obligado a pagar, que en último término es lo que ha sido pactado por las partes. Por ello, dice la sentencia del



Tribunal Supremo de 29-10-2001, "el problema no es de interpretación, sino la aplicación de la misma, y ésta no puede aplicarse, como obligación accesoria, cuando la obligación principal ha variado. Se han producido tales alteraciones en la obra que no se mantiene el plazo de terminación de la misma; no puede, por ello, aplicarse la cláusula penal referida a dicho plazo... ni se pueden cargar las consecuencias a una sola de las partes."

De la prueba practicada se deriva que hubo un cambio de aparato elevador, sustituyendo el inicialmente previsto por un segundo aparato para cuya instalación fue necesaria la realización de nuevas obras ampliándose las mismas para poder adaptar el hueco de las escaleras a las dimensiones del segundo ascensor (informe del Aparejador interviniente en la dirección de obra, D. Luis Alberto y de la información remitida por Zardoya Otis, S. A, folios 435, 436 y 437). El conocimiento de tal cambio no puede ser negado por el Sr. Jose Pedro Fernando Mauricio, no sólo por el hecho reconocido de tener su vivienda habitual y durante todo el tiempo en el que se ejecutaron las obras en el edificio en el que se realizaron las obras (folio 857), sino porque dicha alteración en la obra para poner en marcha el ascensor, llevó al Sr. Jose Pedro y al representante legal de la constructora a celebrar el segundo de los contratos privados, de 28 de julio de 1995, en el que se mantenía la obligación principal asumida por Garriga e Hijos, S. L., consistente en instalar y poner en marcha el ascensor, pero se añadía un término para el cumplimiento de dicha obligación (30 de noviembre de 1995) y se preveía, para el caso de incumplimiento del mismo, como obligación accesoria, la exoneración del pago de los gastos correspondientes de la parte contraria en dicha obra o, lo que es lo mismo y a contrario sensu, que la constructora asumiría en exclusiva los gastos de la instalación del ascensor. La Juzgadora a quo, a pesar de tener en cuenta estas circunstancias, procede a exonerar a los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio del abono del importe de los gastos de la obra al constatar que se había ejecutado con posterioridad al plazo señalado. Sin embargo, de lo anteriormente expuesto no se deriva dolo o culpa por parte de Garriga e Hijos, S. L., sino que, como consecuencia del cambio de aparato elevador a instalar en el edificio, fue necesario ampliar las obras de instalación para poder reformar las escaleras y así poder adecuar el hueco en el que colocar el ascensor ajustando las medidas de aquéllas a las del nuevo aparato, por lo que no resulta procedente la aplicación de la cláusula penal convenida entre los pleiteantes en el seno de una relación contractual bilateral en la que no consta que los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio hubieran cumplido las obligaciones por ellos asumidas. Todo ello implica la estimación del recurso interpuesto por Garriga e Hijos, S. L.

SEXTO.- En cuanto al recurso de apelación formulado por la representación procesal de los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio, se basa, según lo expuesto anteriormente, en un doble alegato: error en la valoración de las pruebas por parte del juzgador de instancia e ilegalidad de las obras en cuestión.

Iniciando el análisis por el primero de los motivos, los recurrentes sostienen, en su escrito de formalización del recurso, que "los documentos privados aclaratorios y complementarios de la escritura pública de división, al tener la eficacia de prueba plena, no pueden ser contradichos con una prueba testifical con tachas y, consiguientemente sin eficacia probatoria que pudiera rebatir la documental de documentos privados y de las certificaciones municipales con soporte en la Constitución que en otro caso habría de entenderse violada" (sic).

Realizado un nuevo examen de las actuaciones (art. 456.1 de la LEC), no se constata error alguno en la apreciación de las pruebas efectuadas por la Juzgadora a quo. En este sentido, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial -por todas sentencia de 23 de septiembre de 1996 -, no se aprecia en el caso de que se trata ilegalidad alguna en la producción de las pruebas, es decir, no hay vulneración de los principios rectores de su carga ni la Juzgadora a quo la ha valorado de forma arbitraria. Pretenden los apelantes contraponer el valor probatorio de los documentos, públicos y privados, al de la prueba testifical. Respecto a lo que aquí nos interesa, el testigo D. Juan María al igual que el Aparejador D. Luis Alberto, tal y como establece la Juzgadora de instancia, constatan que se produjo un cambio en el aparato elevador, extremo que también queda acreditado por la propia información remitida en el escrito de 1 de octubre de 1997. Por su parte, tanto los documentos privados como públicos a los que se refieren los apelantes, recogen la relación obligatoria perfeccionada entre las partes e instrumentada documentalmente además de documentos relativos a procedimientos administrativos aportados a los presentes autos en los que se ventilan cuestiones de tal naturaleza administrativa referidas a las licencias de las obras litigiosas y a otros extremos. Pues bien, el contenido de ambos medios probatorios no es que no pueda ser "contradicho" como sostienen los recurrentes sino que al referirse a extremos diferentes - al nacimiento y contenido de la relación obligatoria entre las partes, por un lado, y a los hechos acontecidos con posterioridad al perfeccionamiento de dichos contratos con ocasión de la ejecución de las obras-, cada uno de estos medios probatorios se dirigen a constatar hechos distintos y, por lo tanto, no se aprecia contradicción alguna entre la prueba documental y la prueba testifical además de la ausencia de equivocación en la valoración de dichos medios probatorios por la Juzgadora de instancia como defienden los recurrentes. Ello implica que decae el primero de los motivos alegados por los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio.



SÉPTIMO.- Por lo que respecta al motivo atinente a la supuesta ilegalidad de las obras efectuadas por Garriga e Hijos, S. L. y a la pendencia de procedimientos administrativos, no procede en esta vía civil entrar a conocer sobre tales extremos por tratarse de cuestiones administrativas y, en su caso, contencioso administrativas sin perjuicio de la constancia en autos de la licencia municipal así como informe favorable del Director General de Patrimonio Histórico y Documental solicitadas y obtenidas por Garriga e Hijos, S. L., para la ejecución de las obras en el edificio litigioso y a los efectos prejudiciales aludidos en el art. 42 de la LEC (folios 663 y 664).

Por último y en el mismo motivo de apelación, los recurrentes consideran "que se han infringido los arts. 377, apartados 2º, 3º y 4º ; art. 103.1 de la Constitución ; art. 326; 317 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". También merece suerte desestimatoria la invocación genérica de preceptos que consideran infringidos ya que no se dice ni los motivos ni la norma concreta que se considera infringida. Con ello, se desestima íntegramente el recurso interpuesto por esta parte.

OCTAVO.- En materia de costas, habiéndose estimado el recurso formulado por la representación procesal de Garriga e Hijos, S. L., estimándose así íntegramente la demanda deducida por esta parte, según el principio objetivo del vencimiento, recogido en el art. 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede la imposición de las costas causadas en la primera instancia y las de su recurso de apelación a los Sres. Jose Pedro Fernando Mauricio sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto al resto de las costas de esta alzada.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Garriga e Hijos, S. L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ourense, en autos acumulados de juicio de menor cuantía 330/97, 6/98 y 352/98, rollo de apelación 392/03, de fecha 28 de julio de 2003 , que se revoca en parte en el sentido de estimar íntegramente la demanda deducida por Garriga e Hijos, S. L., asimismo se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ángel , D. Jose Pedro y D. Mauricio imponiendo a éstos las costas devengadas en la instancia y las correspondientes a su recurso sin expresa declaración en cuanto a las restantes.

Al notificarse esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.