



Roj: **SAP OU 441/2005 - ECLI: ES:APOU:2005:441**

Id Cendoj: **32054370012005100206**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2005**

Nº de Recurso: **271/2004**

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 Fernando Alañón Olmedo, Presidente, doña Ángela Domínguez Viguera Fernández 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 veinticinco de Mayo de dos mil cinco.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario procedentes del Juzgado Mixto 4 de Ourense, seguidos con el nº. 197/03 , rollo de apelación núm. 271/04, entre partes, como apelante "Tecnoservicio Orensano SL", representado por la Procuradora D^a. Esther Cereijo Ruiz, bajo la dirección del Letrado D. Félix Menor Fernández y, como apelado, " DIRECCION000 ", representado por la procuradora D^a. Fernández Ramos, bajo la dirección del Abogado D. David del Río Balado. Es ponente el lltmo. Sr. D. **José Arcos Álvarez**.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado Mixto núm. 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 25-06-04 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora D^a. Esther Cereijo Ruiz en nombre de TECNOSERVICIO ORENSANO SL contra la comunidad de Propietarios de la Habana 22, debo declarar y declaro resuelto el contrato de fecha veinte de septiembre de dos mil dos suscrito entre ambas partes, absolviendo a los demandados de los demás pedimentos contenidos en la demanda, y sin que proceda condena en costas".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de "Tecnoservicio Orensano SL" 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.- La representación procesal de la mercantil Tecnoservicio Orensano S.L., se alza contra la sentencia en la que se declara resuelto el contrato, de fecha 20 de septiembre de 2002, suscrito entre la ahora apelante y la parte demandada y ahora recurrida, Comunidad de Propietarios de la Habana nº 22, absolviendo a los demandados de los demás pedimentos contenidos en la demanda y sin declaración en cuanto a las costas de primera instancia.

En concreto, la parte recurrente ataca la resolución de instancia en la parte en la que es absuelta la comunidad demandada, es decir, la pretensión en esta alzada (como también en la instancia) de la parte apelante se contrae a que se condene a la comunidad al abono de la cuantía en que se valoran los daños y perjuicios



que se le causaron así como los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda y con imposición de las costas a la parte contraria.

La tesis de la Juzgadora "a quo" para no estimar la pretensión indemnizatoria, es que no se acreditó por la ahora recurrente la existencia de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual por parte de la comunidad demandada.

Los motivos esgrimidos por la apelante en los que funda su recurso son, básicamente, los tres que ahora se enuncian. Se parte, en primer lugar, de la indefensión que se le causa por la inadmisión en el acto del juicio de la prueba pericial propuesta (al objeto de que un perito evaluase los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato por la comunidad causó a la mercantil) así como la incongruencia de la resolución de instancia por no haber advertido a la actora de la eventual insuficiencia de las pruebas propuesta y, no obstante ello, desestimar la pretensión indemnizatoria por falta de prueba de los daños y perjuicios, todo ello con cita de vulneración de los arts. 281, 429 y 435 de la LEC.

En un segundo motivo se aduce infracción del art. 1124 del C.C. al entender que la declaración judicial de incumplimiento contractual unilateral -lo que determina la resolución del contrato de autos- genera directamente la obligación de indemnización de los daños y perjuicios que de dicho incumplimiento se derivan.

Por último se invoca equivocación o error en la valoración de las pruebas sosteniendo que, de las documentales y testificales obrantes en autos se acredita, tanto la existencia de daños y perjuicios para la mercantil actora como su cuantificación. Concluye su escrito de recurso con una genérica invocación de vulneración del art. 24.1 de la CE así como de la buena fe en el cumplimiento de los contratos (arts. 7 y 1258 del C.C.).

Por su parte, la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la Habana nº 22, se opone al recurso interpuesto por la entidad actora interesando, con carácter previo, que se desestime el mismo porque no debió ser admitido a trámite por incumplimiento de las formalidades exigidas por el art. 457 de la LEC para la preparación del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Antes de entrar, por tanto, en el debate de fondo, tal y como es planteado por los contendientes en esta alzada, es preciso determinar si existe alguna vulneración de la Ley Procesal Civil por parte de la entidad actora y apelante en lo referente a la preparación del recurso de apelación según las exigencias del art. 457 de la LEC.

En dicho precepto se establece la necesidad de consignar con claridad y concreción cuáles de los pronunciamientos de la sentencia de instancia son objeto de recurso, es decir, debe anunciarse en el escrito de preparación los pronunciamientos que se impugnan, pronunciamientos respecto de los cuales, en el escrito de interposición o formalización del recurso de apelación, se desarrollarán los motivos en los que basar su impugnación.

En el caso tratado, son dos los pronunciamientos contenidos en la resolución de instancia, uno relativo a la resolución del contrato que ligaba a los contendientes y, el segundo, el atinente a la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran derivar del incumplimiento unilateral del mentado contrato, pronunciamientos que dan solución a las pretensiones deducidas por la actora (pretensión resolutoria e indemnizatoria). La sentencia objeto de esta alzada en su parte dispositiva se pronuncia expresamente sobre tales pretensiones declarando resuelto el contrato y "absolviendo a los demandados de los demás pedimentos contenidos en la demanda, y sin que proceda condena en costas", es decir, no estimando la pretensión indemnizatoria, pretensión ésta última que se reproduce en esta alzada previó anuncio en el escrito de preparación del recurso de la voluntad de impugnar la sentencia que puso fin a la primera instancia y expresando que se está disconforme con la misma en cuanto que absuelve a los demandados de los demás pedimentos contenidos en la demanda y sin que se le condene en costas. Por ello, no se entiende vulnerado el art. 457 de la LEC ya que se expresa la voluntad de impugnar y el pronunciamiento que se quiere recurrir que son las únicas y mínimas exigencias legales que se establecen en el art. 457.2 de la LEC.

A continuación deben ser examinadas las cuestiones de fondo planteadas.

TERCERO.- En cuanto al primero de los enunciados motivos de recurso, indefensión sufrida por la inadmisión de la prueba pericial propuesta en el acto del juicio (sic) -realmente se propuso en la audiencia previa- (con objeto de que el perito que se designase informase sobre los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual), hay que decir que nuestro ordenamiento procesal permite dos posibilidades para la producción de la prueba pericial: por perito designado por la propia parte o bien por un perito designado por el Tribunal en el curso del proceso. En cuanto al momento en que debe ser aportado el dictamen pericial, varía según que el perito sea de parte o designado judicialmente. En el primero de los casos, perito designado por la propia parte, la regla general es que los dictámenes que los litigantes dispongan elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de ser



aportados con la demanda (o con la contestación pero este no es el caso). Se entenderá que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen (art. 265.1.4º de la LEC). También puede ser aportado el dictamen elaborado por perito de parte después de la demanda pero antes de la audiencia previa o vista si al demandante no le fue posible aportarlo con la demanda pero siempre expresando en la demanda el dictamen o dictámenes de que, en su caso, pretenda valerse, que habrá de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto disponga de los mismos. Como tercer momento para aportar la pericial que interesase a la mercantil actora pudo ser después de la audiencia previa (en el juicio ordinario como en este caso), pero ello siempre que la prueba pericial resulte de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias deducidas en la audiencia previa al juicio, con cinco días de antelación al la celebración del juicio (art. 338 de la LEC).

En el caso del dictamen de perito designado por el Tribunal, también existen varias momentos en los que procede su aportación al proceso pero, ciñéndonos al caso tratado, la parte demandante tenía que haberlo solicitado en su inicial escrito de demanda, extremo que no ha verificado, ya que la materia objeto de pericia (valorar los daños causados a la entidad mercantil como consecuencia del incumplimiento contractual del otro contratante) no es consecuencia de alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda (antes al contrario, la indemnizatoria es una de las dos pretensiones de la parte actora), art. 339.2 de la LEC , ni tampoco se deriva de alegaciones o pretensiones complementarias formuladas en la audiencia previa (art. 339.3 de la LEC).

Por tanto, la prueba pericial fue correctamente inadmitida por la Juzgadora "a quo" por cuanto no se aportó en el momento procesal oportuno, con la presentación de la demanda (art. 265.1.4º de la LEC) y tampoco su proposición con posterioridad se ajusta a las normas de la Ley Procesal Civil según se acaba de exponer. No existe, en conclusión, indefensión alguna de la parte actora y ahora apelante por no admitir la pericial por ser una consecuencia de su inactividad procesal.

CUARTO.- Sostiene la parte apelante que la resolución de instancia es incongruente porque, el Juzgado de instancia no puso de manifiesto en el acto de la audiencia previa la insuficiencia de los medios de prueba propuestos y, no obstante ello, desestimó la pretensión indemnizatoria por falta de prueba de los daños y perjuicios por lo que entiende que se han vulnerado los arts. 281, 429 y 435 de la LEC .

Este argumento impugnativo relacionado con el anterior, no puede sostenerse porque aunque el art. 429. 1 de la LEC establezca que "cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes resultan insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria y al efectuar esta manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulta de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya practica considera conveniente", ello no puede interpretarse en el sentido alegado por la parte apelante, como una obligación del Juzgador, sino como una facultad de este, facultad que, por lo demás, está sometida al principio de justicia rogada (art. 216 de la LEC) y a las normas de distribución de carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la LEC , lo que en términos razonables supone que al Tribunal le está vedado suplir la inactividad probatoria de las partes, so pena de subvertir el principio contenido en el artículo 216 de la LEC siendo claro, por lo demás, que la aplicación de lo establecido en el artículo 217 de la LEC , en el que se regulan las normas de la carga de la prueba, normas según las cuales correspondía al actor-apelante la carga de probar tanto la existencia como la cuantía de los daños y perjuicios que dice se le irrogaron, resulta obligada para la parte ahora apelante, que no puede escudarse, para justificar sus posibles deficiencias probatorias, en el artículo 429.1 de la LEC . Por todo lo expuesto no se puede concluir, como lo hace Tecnoservicio Orensano S.L., que hay infracción de los preceptos antes invocados ni incongruencia porque, en cuanto a éste último concepto se confunde la parte recurrente ya que, según lo prevenido en el artículo 218 de la LEC es exigible una máxima concordancia entre las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes, -el "petitum"- y el fallo de la resolución judicial, de forma que la incongruencia se produce en aquellos supuestos en los que existe desviación entre el fallo y tales pretensiones que ocasiona una efectiva indefensión en cuanto implica una modificación sustancial del objeto procesal (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1999, 22 de marzo de 2000 ó 12 de julio de 2001 , entre otras), discordancia entre pretensiones y parte dispositiva de la resolución apelada que no existe en el presente supuesto.

QUINTO.- El segundo motivo de recurso aducido por la apelante se basa en infracción del art. 1124 del C.C . al entender que la declaración judicial de incumplimiento contractual unilateral -lo que determina la resolución del contrato de autos- genera directamente la obligación de indemnización de los daños y perjuicios que de dicho incumplimiento se derivan.



Ello no es así porque, como tiene declarado el Tribunal Supremo, en interpretación y aplicación del art. 1124 del C.C ., por todas sentencia de fecha 29 de noviembre de 1991 , en la que se refiere que es evidente, "jurisprudencialmente hablando, que ni todo incumplimiento es generador de indemnización o resarcimiento, ni que para indemnizar no deba acreditarse la existencia del daño o del perjuicio".

En el caso tratado, la mercantil actora solicita la indemnización en concepto de daños y perjuicios causados pero no prueba ninguno de los conceptos por los que reclama, tal y como se fija en la sentencia ahora recurrida, cuyos razonamientos comparte esta Sala, razonamientos que no es necesario reiterar, salvo el de la supuesta compra de la caldera que se iba a instalar en la comunidad demandada. Así, respecto del documento nº 3, que se acompaña con la demanda, pretendiendo acreditar la compra de la caldera, no es más que un albarán del que no se puede deducir el pago de dicha caldera ni puede dicha documental ser complementada con testifical alguna por la facilidad de probar documentalmente la compraventa y pago de la máquina. Tampoco se acreditan los demás daños y perjuicios que se dicen ocasionados dando por reproducidas íntegramente las conclusiones a las que llega la Juzgadora "a quo" que comparte esta Sala como antes se dijo.

SEXTO.- En conclusión, y en relación con lo que se acaba de exponer, tampoco se aprecia error en la valoración de las pruebas por parte del órgano jurisdiccional de instancia, antes al contrario, de los medios probatorios obrantes en autos, la Juzgadora ha llegado a una conclusión razonada y razonable y dicha convicción objetiva no puede ser modificada por la subjetiva, por interesada, de la parte recurrente más que en determinadas circunstancias que no son concurrentes en el caso tratado (por todas sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 1996).

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas de la segunda instancia, según el principio objetivo del vencimiento, recogido en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede su imposición a la parte apelante.

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

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Tecnoservicio SL., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense, en autos de juicio ordinario 197/03 , rollo de apelación 2171/04, de fecha 25 de junio de 2004, que se confirma, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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.