

Roj: **SAP O 69/2014 - ECLI: ES:APO:2014:69**Id Cendoj: **33044370062014100024**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Oviedo**Sección: **6**Fecha: **27/01/2014**Nº de Recurso: **477/2013**Nº de Resolución: **24/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6****OVIEDO****SENTENCIA: 00024/2014**

RECURSO DE APELACION (LECN) 477/13

En OVIEDO, a veintisiete de Enero de dos mil catorce. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D. José Manuel Barral Díaz, Presidente; D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio y D. Jaime Riaza García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA Nº 24/14

En el Rollo de apelación núm. 477/13, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 614/2011 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Laviana, siendo apelante **VENTANAS DEL NALON S.L.**, demandada reconviniente en primera instancia, representada por el Procurador DON ROBERTO MUÑIZ SOLIS y asistida por el Letrado DON EDUARDO GARCIA GARCIA; y como parte apelada **LA VENECIANA IBERIAGLASS, S.L.**, demandante reconvenido en primera instancia, representada por la Procuradora DOÑA SANDRA ARDURA GONZALEZ y asistida por el Letrado DON PEDRO MORE **NO** VAZQUEZ; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Laviana dictó Sentencia en fecha 3 de Enero de 2013 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " ESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora SRA. ARDURA GONZALEZ contra VENTANAS DEL NALON S.L. condenando a esta al pago de 57.869,57 euros con sus intereses legales y al pago de las costas causadas.

DESESTIMO la reconvenición interpuesta por el procurador SR. MEANA ALONSO contra VENECIANA INBERIAGLAS S.L absolviendo de todos los pedimentos formulados contra ella y condenando a la demandada reconviniente al abono de las costas causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose los Autos a esta Seccion y solicitado el recibimiento a prueba por la parte Apelante, en fecha 29-4-2013 se dictó Auto, que literalmente dice en sus fundamentos de derecho parte dispositiva:

" **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Único.- No ha lugar a la admisión de la prueba solicitada, toda vez que, habiéndose celebrado la vista el día 26 de diciembre, la imposibilidad de acudir a la misma, se apoya en un certificado de ingreso hospitalario de la testigo en el que consta su ingreso el día 19 de diciembre y el alta el día 21 del mismo mes, sin que conste que con posterioridad a dicho día estuviere la testigo imposibilitada para acudir al juicio, por lo que no cabe en



aras de ello admitir la prueba, teniendo en cuenta además la facilidad de la apelante para acreditar tal hecho habida cuenta que la citada testigo era además al tiempo del procedimiento empleada suya y en todo caso ante la denegación de la misma no formuló el correspondiente Recurso de Reposición y en su caso protesta.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

- 1.- Denegar el recibimiento del pleito a prueba, para practicar la propuesta por la apelante.
- 2.- Dejar las actuaciones pendientes de señalamiento para su deliberación, votación y fallo."

Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 22-1-2014.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda en la que la mercantil actora, La Veneciana Iberglas S.L., reclamaba a la también mercantil demandada, Ventanas del Nalón S.L., el importe del precio pendiente de pago de las obras de acristalamiento realizadas por encargo de esta ultima en cuatro obras: las denominadas " Puertas Meliá Habana", "P.I., Martinelli" y "Procoina Guardia Civil", que en conjunto ascendían a 4.646,86€, cuyo importe y adeudo ha sido reconocido expresamente por la demandada en el hecho cuarto de la contestación, y una cuarta, la mas importante, realizada en el edificio promovido por el IDEPA, en la localidad del Entrego denominado empresas "TIC", por importe de 53.249,71€, obra esta ultima en la que se centró la oposición articulada en la contestación, única que junto a la pretensión reconvenicional vuelve a reiterarse en el presente recurso.

La oposición a esta concreta reclamación, que se reconoce corresponde al material y trabajos de acristalamiento realizados por la actora en tal obra, y que aparece documentada en las distintas facturas adjuntadas con la demanda, se ha centrado en la contestación, en criterio que rechazado en la recurrida vuelve a reiterarse en el recurso, bajo la denuncia de error en la valoración de la prueba, no en negar la realización y correcta ejecución de tales suministros y trabajos de acristalamiento, que son extremos que no se discuten, sino en invocar que la relación contractual que ha de ser tenida en cuenta a la hora de valorar su precio es la que aparece reflejada en el denominado " Presupuesto por precio cerrado" obrante a los doc. 1 , 2 y 3 de la contestación, que la actora habría elaborado a su instancia y no al pactado en el contrato de obra posteriormente suscrito por las partes, y todo ello sobre la base de invocar que fue ese inicial presupuesto por precio alzado o cerrado, no vinculado a unidad de medida, el tenido en cuenta por la recurrente a la hora de firmar el contrato con el cliente final que ejecutaba la obra del edificio " TIC", la constructora OCA Construcciones y Proyectos, y que debido precisamente a la existencia de un error de medición en el mismo le habría generado no solo la pérdida del margen o beneficio de empresa inicialmente ofertado por la actora, que ascendía a 21.234€ según el doc. 5 adjuntado con la contestación, que junto con la indemnización por retraso, por importe de 12.604,42€ es objeto de reclamación vía demanda reconvenicional, sino incluso pérdidas de dinero en la ejecución de esa obra.

La oposición y el presente recurso se fundan por ello en imputar a la actora un error de medición en ese presupuesto previo cerrado en el capitulo o unidad de obra referida a la partida de " muro cortina", que se invoca le habría provocado un error a la hora de ofertar el precio cerrado a la contratista principal, pretendiendo en base al mismo se dejen sin efecto los términos del contrato de obra posteriormente suscrito entre las partes, a los que no se discute se ajusta la facturación de la actora por los suministros y obra de acristalamiento y la reclamación del precio pendiente de abono objeto de reclamación en la demanda principal.

SEGUNDO.- Así centrados los términos de la impugnación, la citada tesis argumental de existencia de un error esencial y excusable que se invoca existente a la hora de suscribir el contrato de obra concertado entre las partes que sirven de fundamento a la reclamación de la actora, y en base al cual se pretende negar validez a los precios pactados en el mismo no puede ser acogida tanto por razones formales o procesales como de fondo.

Procesales, porque es sabido y así lo ha venido declarando con absoluta reiteración la jurisprudencia del TS, en doctrina que recuerda, con cita de precedentes, su sentencia de 31 de mayo de 2005 , que la nulidad relativa o anulabilidad, a la que se refieren los artículos 1300 y ss. del Código Civil , fundada en la existencia de vicios del consentimiento de parte de alguno de los contratantes, no puede hacer valer por vía de excepción, sino exclusivamente a través del ejercicio de la correspondiente acción, en demanda principal, o mediante la reconvenición, requisito procesal aquí incumplido por la recurrente toda vez que aun cuando articulo reconvenición, en esta ultima no se solicita la nulidad del citado contrato de obra sino la aplicación,



que aparece contradictoria con la negativa a dar validez al mismo, de la cláusula penal pactado en tal contrato de obra para el supuesto de retraso en la entrega de la unidad de acristalamiento que constituía su objeto.

En todo caso, aun cuando se obviara este escollo procesal, un nuevo análisis y valoración conjunta de la prueba obrante en autos conduciría a igual conclusión desestimatoria, al compartir este Tribunal la convicción de la Juzgadora de primera instancia en orden a no reputar acreditado la existencia de ese error y sobre manera de que el mismo revista los requisitos de esencialidad y excusabilidad exigidos por la jurisprudencia para dar lugar a la sanción de privar de validez al contrato de obra suscrito entre las partes por vicio de consentimiento como se pretende y, menos aun, en el aspecto esencial relativo al precio dejando subsistente su vigencia en aquellos otros aspectos, tales como el plazo de cumplimiento y penalización por retraso que son objeto de reclamación, estos sí vía reconvencción.

En efecto, siendo cierto que la eficacia vinculante de todo contrato viene condicionada a la concurrencia de los requisitos del consentimiento, el objeto y la causa que con carácter general establece el art. 1261 del Código Civil, en este caso ha de estimarse estos concurren en el suscrito entre las partes, ya que el único motivo de invalidez invocado en relación al mismo, se centra en la inexistencia de consentimiento por concurrencia de error y tal motivo de invalidez ha de ser rechazado. Ello es así porque siendo el error el vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta, la jurisprudencia del TS, en relación a los requisitos que ha de reunir el mismo para ser invalidante, tiene declarado en doctrina reiterada, recogida entre otras muchas en su sentencia de 17 de julio de 2006 con amplia cita de precedentes, que " es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, ... y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

Ninguno de tales requisitos concurre en este caso, toda vez que la versión de la recurrente sobre las circunstancias que precedieron a la firma del contrato de obra, de la que pretende concluir que debido a un error de medición de la actora en el presupuesto inicial, habría concertado el contrato de obra con la constructora principal a precio cerrado que finalmente devino ruinoso para ella con pérdida de beneficio empresarial e incluso de efectivo por su parte, no resulta acreditada en absoluto con la prueba obrante en autos.

El argumento esencial en que se sustenta el citado error según el cual lo pactado inicialmente entre las partes fue un presupuesto cerrado o a precio alzado y no por unidad de medida aparece desvirtuado no solo por la amplia documentación adjuntada por ambas partes con sus respectivos escritos rectores, sino en forma concluyente por la prueba testifical practicada también a instancia de ambas en el acto del juicio.

De la misma resulta que el iter contractual entre las mismas efectivamente se inicio en relación a la obra litigioso denominada edificio "TIC" en el mes de julio de 2008 cuando la hoy recurrente solicita a la actora precio para la ejecución de distintas partidas de acristalamiento (doc. 1 de la contestación al F. 204 y 205 de los autos) en la que ya se le facilitaba unas concretas mediciones. Solicitud a la que contestó esta última con el presupuesto que se adjunta también a la contestación como doc. 2(f. 2006) en fecha 28 de julio de 2009.

Ahora bien, que ese presupuesto constituyó un mero estudio inicial y no el precio cerrado entre las partes por la subcontrata de la partida de acristalamiento de la obra de las dos que habían sido adjudicadas a la recurrente por la contratista principal, es extremo que resulta acreditado no solo por el hecho de que con posterioridad se suscribió entre las partes un contrato de obra, en fecha 3 de noviembre de 2009 (doc. 9 de la contestación al f. 231 de los autos) en que se pactó el precio del suministro por unidad de medida, sino por la circunstancia de que las partidas o unidades de obra incluidas en el presupuesto alzado inicial en su mayoría no fueron ejecutadas debido a la existencia de variaciones del proyecto ordenadas por la dirección de la obra. Así el inicial muro cortina se sustituyó por una fachada de vidrio, reduciéndose drásticamente el resto de las partidas, concretamente la colocación de mamparas divisorios y puertas de vidrio, debido a la decisión de la propiedad de dejar diáfanas todas las plantas excepto la primera, extremo este de la no ejecución de la mayor parte de las partidas incluidos en el presupuesto alzado inicial que ha sido reconocido por todos los testigos que han declarado en estos autos a instancia de una y otra parte. Así Don Faustino, encargado de obra de la actora, a partir del minuto horario 1,19 de la reproducción videográfica del acto del juicio; Don Fernando, comercial o empleado de la actora que medio en la en el contrato suscrito con la demandada, a partir del minuto 11; Don Geronimo, jefe de compra de la contratista principal OCA a partir del minuto 22,05, de especial



relevancia dado que fue quien negocio el contrato con la demandada que esta parcialmente subcontrato a la actora y, Don Heraclio, jefe de obra de esta última, a partir del minuto 27,22.

No puede por ello pretenderse que el precio de la obra de acristalamiento realizada por la actora se rija por ese presupuesto o estudio inicial que finalmente en su mayor parte no fue ejecutado.

Por otra parte entre el mismo y la firma del contrato finalmente suscrito entre las partes existieron importantes modificaciones de obra que llevaron a ambas a pactar en el mismo un precio por unidad de medida, contrato posterior al firmado por la demandada con la contratista principal que además fue redactado por la hoy recurrente y remitido para su firma a la actora como así resulta de los doce. 15 y 16 adjuntados por esta última con la contestación a la reconvención (f.350 y ss. de los autos).

Respecto a la existencia de vicio de consentimiento en la elaboración y firma de este último contrato que habría sido inducido por el previo de medición sufrido por la actora en el presupuesto inicial, el resultado de la prueba obrante en autos en absoluto avala esa versión de la recurrente, empresa con amplia experiencia en el sector de carpintería metálica que además fue la que negoció con la constructora principal, OCA, la partida de carpintería de aluminio y acristalamiento del edificio TIC, según así reconoció el jefe de compra de esta última en la declaración prestada en el acto del juicio, y que le habría facilitado a la misma los planos y mediciones del proyecto (minuto 25,08), limitándose después la recurrente a subcontratar a la actora la partida de acristalamiento.

Por ello, aun cuando a efectos discursivos se aceptara que antes de pactar con la contratista principal hubiera solicitado de la actora un presupuesto del coste del muro cortina de la fachada, sin indicación previa de mediciones, un mínimo de diligencia exigible por su parte, hubiera sido contrastar esa medición inicialmente presupuestada con la que resultaba de los planos y medidas que le habían sido facilitadas por la contratista principal antes de elaborar el correspondiente presupuesto aceptado por esta última, lo que le hubiera permitido salvar ese error, absolutamente de bulto que se invoca existente, dado que nada menos que habría supuesto un desfase de casi 500m², del total de 900 de que constaba esta partida del acristalamiento de la fachada, error que por ello no podía haber pasado desapercibido por una entidad profesional de la construcción y del sector de carpintería exterior y acristalamiento como lo es la recurrente, por lo que nunca sería el mismo excusable en cuanto habría bastado para evitarlo con una comprobación elemental de tal medición contrastándola con las que constaban en los planos y mediciones del proyecto que le habían sido facilitadas por la contratista principal.

Ello además de que, del amplio cruce de correos electrónicos adjuntados con la contestación y demanda reconvencional, habidos entre la recurrente y el encargado de obra de la contratista principal, resulta que tanto en relación al vidrio curvo de fachada como al resto del acristalamiento de la misma, la facturación se efectúa por la recurrente finalmente por unidad de medida colocada en obra, (cf. Correos obrantes a los f. 290 y 278) por lo que no puede descartarse que ese inicial error de medición de existir no hubiera sido subsanado en el transcurso de la obra.

Todas estas razones, unidas a las recogidas en la sentencia de primera instancia que se comparte y dan aquí por reproducidas en aras a la brevedad, determinan el rechazo de la impugnación que se efectúa en el recurso a la estimación de la pretensión articulada en la demanda principal acordada en la misma.

TERCERO.- Igual rechazo procede de la impugnación se hace en el recurso al pronunciamiento desestimatorio de la reconvención, no ya solo porque ello es lógica consecuencia del carácter vinculante que para las partes tiene el contrato de obra suscrito, en lo que respecta al precio de los suministros llevados a cabo por la actora objeto de reclamación, sino porque esa conclusión viene avalada por el resultado de la prueba obrante en autos.

En efecto, en la reconvención se reclaman dos concretas partidas indemnizatorias. Una primera fundada en la estipulación cuarta del contrato suscrito entre las partes, (en clara contradicción con la invalidez que vía excepción se propugna del mismo), fundada en que la dirección de la obra había fijado como fecha de finalización de las unidades de obra de acristalamiento e instalación de perfiles de aluminio el 30 de junio de 2010 y la actora no habría finalizado la de acristalamiento encomendada hasta el 11 de agosto siguiente, lo que según lo pactado supone un retraso de 42 días por el que procede una penalización de 12.621,42€ a razón de los 300,51€/ día pactados, y la segunda por el concepto de lucro cesante o pérdida de beneficios en los términos que se afirman pactados entre las partes en el doc. 5 adjuntado con la contención por un importe de 21.234,58€.

Pues bien la improcedencia de la primera deriva del hecho de que en absoluto del contenido de los correos electrónicos adjuntados a la contestación puede concluirse que el retraso sufrido fuera imputable a la actora, sino en unos casos a un defecto y tardía ejecución de la perfilería metálica, que era una partida cuya ejecución



correspondía a la recurrente y, en otros, a una indicación de la contratista principal a la hoy recurrente, trasladada por la misma a la actora, en los correos de 26 de julio de 2010 y 11 de agosto del mismo año, de espera en la obras de acristalamiento a la finalización de otras unidades pendientes a fin de evitar daños en los vidrios. No consta además que a la recurrente le fuera girada penalización alguna por la contratista principal que justifique la repercusión que de la misma se pretende a la actora.

En cuanto a la partida que se reclama por lucro cesante su rechazo deriva de que la supuesta promesa de beneficio garantizada por la actora, que se afirma finalmente incumplida por la misma, ha sido expresamente negada por el comercial de aquella que intervino en la negociación del contrato concertado entre las partes, en la declaración prestada en el acto del juicio. Se funda por ello esta partida indemnizatoria en un documento, el núm. 5 adjuntado con la contestación, no reconocido de adverso que al carecer de firma alguna no tiene ningún valor contractual vinculante, lo que unido a que ninguna prueba se ha practicado en autos sobre la alegada ausencia de beneficio e incluso de pérdidas, cuando fácil habría sido su acreditación con la sola aportación de la facturación girada por la recurrente a la contratista principal y su contraste con la que le es reclamada por la actora, necesariamente ha de llevar, de acuerdo con las reglas sobre la carga de la prueba del art. 217 de la L.E.Civil, a atribuir a la recurrente las consecuencias perjudiciales de esa falta de prueba, máxime teniendo en cuenta que la jurisprudencia del TS, en doctrina que recuerda su reciente sentencia de 19 de diciembre 2012, en relación al lucro cesante, interpretando el art. 1106 CC en su referencia a "la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", se inclina por criterios de "razonable verosimilitud" en la prueba (SSTS 21-4-08 y 18-9-07), "especial rigor probatorio", excluyendo los beneficios hipotéticos o imaginarios (SSTS 27-6-07 y 14-7-06), o apreciación restrictiva o ponderada "aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos" (SSTS 29-12-00 y 15-7-98).

CUARTO.- El recurso por todo ello se desestima en su integridad lo que determina igualmente se impongan las costas causadas en esta alzada a la recurrente, esto último por ser preceptivas, en base al principio objetivo del vencimiento del art. 398 1º de la L.E.Civil, al no existir duda alguna de hecho y menos aun de derecho que justifique su exención en este caso.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

FALLO

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por VENTANAS DEL NALON S.L. contra la sentencia dictada en autos de juicio civil Ordinario que con el número 614/2011 se siguieron ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Laviana. Sentencia que se confirma con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.