

Roj: **STS 42/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:42**Id Cendoj: **28079110012010100008**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/01/2010**Nº de Recurso: **1736/2005**Nº de Resolución: **858/2009**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 5911/2005,**  
**STS 42/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, por CENIMSA. S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Megías, contra la Sentencia dictada, el día 20 de mayo de 2005, en el rollo de apelación nº 232/05, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, en el procedimiento ordinario nº 70/2003. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, en nombre y representación de CENIMSA, S.A.. Asimismo compareció la Procuradora Dª Paloma Ortiz-Cañavate Levendeld, en nombre y representación de COPERFIL GROUP, S.A., en calidad de parte recurrida.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario COPERFIL GROUP, SOCIEDAD ANÓNIMA contra CENIMSA, S.A.. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...dicte sentencia en cuyo fallo contenga los siguientes pronunciamientos:*

*1º) Condene a la demandada a abonar a mi representada la cantidad de 189.956,87€.*

*2º) Condene a la demandada al pago de los intereses devengados sobre la suma de 189.956,87€, al tipo de interés legal.*

*3º) Las costas procesales a esta instancia".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de CENIMSA, S.A. los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"...dicte Sentencia por la que se declare:*

*1. Que, a todos los efectos, hay que entender que la entrega de la obra a mi representada tuvo lugar el 15 de abril de 2002, aunque con defecto pendiente de subsanar.*

*2. Que absuelve a mi representada de la demanda, tanto del principal como de los intereses y de las costas, porque la cifra solicitada como principal ni es correcta ni es aún debida.*

*3. Que condena a la demandante a las costas procesales de esta instancia".*

Asimismo por medio de otrosí digo, formuló demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...dicte sentencia por la que declare:*



1.- Que la parte reconvenida incumplió el contrato, por no respetar ni el plazo pactado ni lo acordado en relación con la calidad de la obra; y, en consecuencia, se le condena a pagar a mi representada el importe de la penalización por retraso, en la cuantía 100.248,82€ y el importe de las cantidades necesarias para reparar las obras con calidad distinta de la pactada o con desperfectos, en la cuantía de 84.389€.

2.- Que, a todos los efectos, hay que entender que la entrega de la obra a mi representada tuvo lugar el 15 de abril de 2002, aunque con defectos pendientes de subsanar.

3.- Que condena a la parte reconvenida al pago de los intereses devengados por la suma de las cantidades anteriores, 184.637,82€ desde la fecha de entrega de la obra, al tipo de interés legal. 4.- Que se condene a la parte reconvenida a pagar las costas de esta instancia.

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado de la contestación y de la reconvenición, fueron convocadas las partes a la Audiencia Previa, teniendo lugar la misma en el día y hora señalado, sin llegar a ningún acuerdo transaccional por lo que continuó la audiencia por sus trámites, proponiéndose la prueba, admitiéndose la declarada pertinente y señalándose la fecha de celebración de juicio, compareciendo las partes y practicándose la prueba con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 41 dictó Sentencia, con fecha 10 de noviembre de 2004 , y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Coperfil Group S.A., representada por la Procuradora Dª Paloma Ortiz Cañavate Levenfeld, debo condenar a Cenimsa, S.A., representada por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, a que abone a la demandante la cantidad de 90.963,87 euros más los intereses legales previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debiendo abonar cada parte las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y estimando la reconvenición formulada por Cenimsa, S.A., representada por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, debo absolver a Coperfil Group, S.A. representada por la Procurador Dª Paloma Ortiz Cañavate Levenfeld, de los pedimentos contra ella deducidos con imposición a la demandada reconviniente de las costas procesales de la reconvenición".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación CENIMSA, S.A. y COPERFIL GROUP, SOCIEDAD ANÓNIMA. Sustanciada la apelación, la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 20 de mayo de 2005 , con el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Coperfil Group, S.A. y desestimando el de Cenimsa, S.A., ambos contra la sentencia dictada con fecha 10 de Noviembre de 2004 en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de los de Madrid , bajo el núm. 70/2003, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y estimar y estimamos la demanda formulada por la entidad Coperfil Group, S.A. contra la entidad Cenimsa, S.A. y condenar y condenamos a ésta última a pagar a aquella la cantidad de 189.956,97 €, más el interés legal de la misma computado a partir de la interpelación judicial, y desestimar y desestimamos la reconvenición formulada por la segunda contra la primera, con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la demandada-reconviniente, Cenimsa, S.A., a la que procede imponer, además, las derivadas de su recurso de apelación, sin hacer expresa imposición de las del recurso interpuesto por Coperfil Group, S.A."

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación y recurso extraordinario de infracción procesal por CENIMSA, contra la Sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías lo interpuso ante dicha Sala, articulándose el *Recurso Extraordinario por Infracción Procesal* en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del artículo 236, en relación con el 218 de la Ley Procesal .

Segundo.- Infracción del artículo 465.4 en relación con los arts. 456.1 y 343 de la Ley Procesal .

Tercero.- Infracción del artículo 217 en relación los arts. 316, 218 y 326 de la Ley Procesal .

Cuarto.- Infracción del artículo 218 de la Ley Procesal .

*Recurso de Casación* en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el art. 1166 , en relación con los arts. 1091, 1256 y 1258 del Código Civil .

Segundo.- Infracción por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 6 de Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , en relación con los artículos 9,11 y 12 de la misma y los artículos 1166 y 1091 del Código Civil .

Tercero.- Infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 1098 del Código Civil , en relación con el artículo 6 de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y el artículo 1091 del Código Civil .



Cuarto.- Infracción, por aplicación indebida, lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 38/99 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 9 y 12 de la misma y el artículo 1091 del Código Civil.

Por resolución de fecha 15 de julio de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, en nombre y representación de Cenimsa, S.A., en calidad de parte recurrente. Asimismo se personó la Procuradora D<sup>a</sup> Paloma Ortiz- Cañavate Levenfeld en nombre y representación de Coperfil Group, S.A., en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 8 de septiembre de 2008 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D<sup>a</sup>. Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de Coperfil Group, S.A., impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diez de diciembre de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos probados.

1º El 12 marzo 2001 se firmó entre COPERFIL GROUP, S.A y CENIMSA, S.A. un contrato de ejecución de una obra de construcción de una nave industrial con suministro de materiales. Las obras se terminaron el 30 enero 2002, con retraso sobre el tiempo pactado debido a una serie de incidencias ocurridas a lo largo de la ejecución del contrato, pudiéndose computar dicho retraso en 43 días naturales. Entre estas incidencias se encontraba la realización de la solera, que había sido subcontratada a una empresa distinta de COPERFIL y que tuvo que ser rehecha por indicación de la dirección facultativa.

2º El 30 enero 2002 se produjo la recepción provisional, levantándose la correspondiente acta que la demandada CENIMSA se negó a suscribir; en dicha acta se hizo constar la existencia de una serie de defectos que debían ser subsanados antes de la recepción definitiva. Una vez reparados estos defectos, se convocó a la dueña de la obra CENIMSA, y a la dirección facultativa para la recepción provisional en firme para el 27 mayo 2002. La demandada no asistió a dicho acto.

3º Por lo menos desde el 22 de abril de 2002, la nave se encontraba ocupada por un arrendatario de CENIMSA.

4º COPERFIL GROUP, S.A. demandó a CENIMSA, pidiendo que se la condenara al pago de 189.956,87€, correspondientes a certificados de obra pendientes de pago. La demandada contestó alegando que las cantidades debidas por los retrasos producidos eran superiores a lo reclamado; asimismo formuló reconvención, en la que pidió que se declarara que la parte demandante incumplió el contrato por no haber cumplido el plazo acordado, ni la calidad acordada de la obra y que se la condenara a pagar la penalización por retraso, que se cifraba en 100.248,82€, además del importe de reparar las obras con calidad distinta de la pactada.

5º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 41 Madrid, de 10 noviembre 2004, estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvención. Reconoció que de acuerdo con la prueba pericial, existían determinados defectos en la solera, lo que implicaba que *"parte de la ejecución de la obra no se sujetó lo convenido en orden al cumplimiento de la finalidad que le era propia puesto que la indicada solera no se adaptaba a su esencial finalidad, tanto menos cuanto que la obra iba destinada a la construcción de un centro de transportes que precisaba de materiales adecuados propios de una solera de cualidad media-alta"*, de modo que al no adaptarse dicha solera al uso al que se la destinaba, *"lo que entraña un claro supuesto de entrega de cosa distinta de la pactada"*, ello suponía un incumplimiento contractual, aunque debía reducirse la cuantía de la indemnización, de acuerdo con las certificaciones presentadas. Respecto de la reconvención, procedía su desestimación porque en la resolución ya se descontaba el importe por penalización correspondiente a los 43 días naturales de retraso.

6º Ambos litigantes recurrieron en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 20 mayo 2005, estimó el recurso de apelación de COPERFIL GROUP; revocó la sentencia de apelación y estimó la demanda. Desestimó la apelación de CENIMSA y confirmó la desestimación de la reconvención.

Los argumentos de la sentencia para revocar la dictada en 1ª Instancia son: a) no se ha producido una adecuada valoración del conjunto de las pruebas, por lo que permitiendo el recurso de apelación una nueva valoración, del interrogatorio de las partes y las declaraciones de testigos se deduce que en la propia recepción provisional se recogen daños en la solera; b) el informe del arquitecto técnico presentado con la demanda



entiende correcta la ejecución de la solera de hormigón y el de la empresa suministradora del producto señala que el utilizado, Oxigrans, es idéntico al Hormidur, pactado en el contrato, fabricado por la misma empresa, pero que al ser un nombre registrado, únicamente puede ser utilizado por la empresa Hormigur, S.A. y por ello "no nos encontramos en presencia en supuesto de *aliud pro alio*, por cuanto los defectos aducidos en la solera no suponen la inservibilidad de la misma, en el sentido de impedir la finalidad de la misma al fin pretendido"; c) "[en] efecto, existen defectos en la solera, mas no se puede concluir con certeza el importe a que ascenderá o ascendería la reparación de los mismos, siendo de señalar que antes esos defectos, lo procedente sería postular la reparación *in natura* [...]"; d) [...] debe extraerse la entidad de lo que se dice defectuosamente realizado, como en su caso el importe de la reparación, incumbe probarlo a la demandada- reconviniante, o lo que es lo mismo la falta de prueba de tal extremo sobre ella debe pesar, siendo de destacar que [...] la referida demandada-reconviniante ha recibido la obra construida, como lo prueba de forma evidente que ha procedido a cederla en arrendamiento y por tanto, en condiciones de uso". De todo ello, la sentencia recurrida deduce que debe desestimar la reconvención en relación a lo alegado con respecto a la solera y por ello revoca la sentencia de 1ª Instancia.

Respecto de la reconvención, a) entiende que la obra debe considerarse entregada el 30 enero 2002, como consecuencia de lo establecido en el artículo 6 LOE; b) las reservas que se formularon en el acto de recepción provisional fueron subsanadas; c) la demandada-reconviniante no acudió a la recepción de la obra "porque no tenía que recepcionar por el según él mal acabado, excusa que no encuentra justificación, pues lo que tiene que hacer, cuando como veíamos es su obligación, pues lo que tiene que hacer [...] es su obligación acudir y documentar en el acta de forma motivada el rechazo, no acudir a la cómoda y beneficiosa postura de no acudir, recibir de hecho la obra e incluso arrendar a un tercero el edificio a que se contrae".

7º La demandada-reconviniante CENIMSA, S.A. presentó recursos extraordinario por infracción procesal y casación. El auto de esta Sala de 8 octubre 2008, acordó la inadmisión del extraordinario por infracción procesal y la admisión del de casación por razón de la cuantía (artículo 477.2,2 LECiv).

**SEGUNDO.** El *Primer motivo* señala que se ha infringido, por inaplicación, el artículo 1166 CC, en relación con los artículos 1091, 1256 y 1258 CC, puesto que se ha negado que se trate de un supuesto de *aliud pro alio*. Entiende que lo que se ha entregado es distinto de lo pactado, ya que se acordó la utilización de una determinada marca de hormigón y en el contrato se había establecido el procedimiento para los cambios, procedimiento que no se siguió. Se hizo figurar una marca concreta porque se quería una calidad alta y añade que es irrelevante que los materiales utilizados en el tratamiento Oxigranz sean los mismos que en tratamiento Hormidur, porque hay que cumplir lo expresamente pactado y la decisión de si se trata de un caso de *aliud pro alio* es esencial en este pleito.

*El motivo se desestima.*

El argumento utilizado en la sentencia de 1ª instancia para justificar la estimación de la demanda ha servido a la ahora recurrente para intentar explicar que ha existido incumplimiento en la construcción de la solera con un material de distinta denominación y distinta marca, pero de idéntica calidad y características, según se considera probado. La pretensión resulta contraria a la jurisprudencia de esta Sala en la aplicación de la doctrina del incumplimiento del contrato por entrega de cosa distinta a la pactada. La sentencia de 22 octubre 2007 resume esta doctrina partiendo de la base que "la jurisprudencia ha residenciado estos casos de falta de correspondencia objetiva entre lo pactado y lo entregado en el régimen general de la responsabilidad por incumplimiento de contrato. Así lo hacen, con las salvedades pertinentes, en algún caso "a sensu contrario", las sentencias de 12 de marzo de 1982 [...], 7 de enero de 1988 .. "nos encontramos ante prestación de objeto distinto y no ante simples vicios de la cosa..., lo que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil ..., pues... la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción...", 1 de marzo de 1991 "la circunstancia fáctica del empleo inmediato del cemento servido o suministrado impide la aplicación del artículo 327 del Código de Comercio, y su inadecuación, inidoneidad o inhabilidad para la construcción el que pueda calificarse como simple vicio o defecto de calidad o cantidad, que es lo contemplado por los artículos 336 y 342 del propio texto legal, excluyentes, normalmente, de la aplicación de los artículos. 1.101 y 1.124 del Código Civil, pero no en los supuestos de inutilidad del objeto a los fines contratados... concordándose así esta jurisprudencia con la recaída respecto a la compraventa civil que entiende se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos. 1.101 Y 1.124 y, por consiguiente, sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias", 5 de noviembre de 1993 -"... el motivo plantea el tema, muy discutido por la jurisprudencia, concerniente a la distinción entre vicios ocultos y prestación distinta, y que cabe entender resuelta a la vista de la doctrina establecida en las Sentencias de 7 de enero de 1988, que





recoge las directrices señaladas en las precedentes... por las que se entiende que se está en presencia de entrega de cosa diversa o aliud pro alio cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil , puntualizándose... que la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, originándose el sometimiento a diferentes plazos prescriptivos..."- y 10 de marzo de 1994 -que identificó la cuestión planteada en el recurso como de "viabilidad o no de la acción ejercitada en punto al resarcimiento de los daños y perjuicios de referencia" y declaró que la misma "habrá de depender de la aplicación de lo dispuesto en los artículos. 342 Código de Comercio y 1.490 Código Civil".

A su vez, la sentencia de 20 noviembre 2008 dice que "La doctrina del aliud pro alio se desarrolla a partir del art. 1166 CC , que establece que "el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida"; por tanto, identificada la cosa debida, no es posible, sin un acuerdo entre las partes, cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del deudor determina el incumplimiento de la obligación; en definitiva el "aliud pro alio" se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual". Es cierto que la doctrina de esta Sala ha incluido en los casos de falta de adecuación de las prestaciones de acuerdo con lo estrictamente pactado, aquellos otros en que "produciéndose una objetiva y natural identidad, la prestación ofrecida es inhábil en relación con el objeto o inidónea para cumplir las finalidades o intereses del acreedor cuando éstos han sido conocidos por el deudor" (SSTS 29 octubre 1990, 1 marzo 1991, 28 enero 1992, 23 enero 1998 ) [...]" . Y en el mismo sentido se pueden aportar las sentencias de 6 octubre 2006 , en que se consideró que debía aplicarse esta doctrina en la pavimentación con un gres no idóneo y la de 9 octubre de 2008, donde se considera que la existencia de aluminosis no ha frustrado el fin del contrato, entre otras.

**TERCERO.** De lo anterior se deduce que las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato son dos: a) inhabilidad del objeto para el que se ha destinado, y b) insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina (STS 10 febrero 2009 ).

Estos requisitos no concurren en el presente litigio:

1º El material con el que se realizó la solera discutida fue de la misma calidad que el pactado, aunque de distinta marca. Por tanto, si el primero, el acordado, era idóneo para el fin previsto, también lo era el que le sustituyó.

2º Esta identidad en la calidad no produjo la insatisfacción, medida en términos objetivos, del dueño de la obra, que no puede, por tanto, reclamar cuando lo ejecutado coincide con lo pactado, puesto que no se trata de cuestiones de marca, sino de calidades de los materiales que permitan que no se frustre el fin del contrato.

**CUARTO.** El Segundo motivo denuncia la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 38/99, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE ), en relación con los artículos 9, 11 y 12 de la propia ley y los artículos 1166 y 1091 CC . Se refiere al procedimiento establecido en el artículo 6 LOE para la recepción de la obra. Según el recurrente, el citado artículo establece unos requisitos; el primero es que la obra se halle acabada, lo que no ocurrió en este caso; el segundo es que el promotor podrá recibir la obra con reservas o negarse a recibirla mientras las haya; el tercer requisito consiste en que la recepción se efectuará dentro de un plazo a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor y el cuarto, en la recepción intervienen promotor y constructor, y en el caso actual no se produjo. Además, existió un pacto en contra del citado artículo 6 LOE , porque en el contrato se previó la forma de realizar la recepción, que se incumplió.

*El motivo se desestima.*

El artículo 6. 1 LOE define la recepción de la obra como "[e]l acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes". Esta recepción puede ser expresa, con o sin reservas, o bien puede ser también tácita, como prevé el artículo 6.4 LOE , que establece que "La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito".

La aplicación de esta normativa al presente recurso significa que, a pesar de las distintas argumentaciones de la parte recurrente, no puede admitirse que no se hubiese producido la recepción, según los hechos que se han considerado probados y ello porque:



1º Ha existido una negativa reiterada del promotor a recibir la obra, ya que a pesar de haber sido citado convenientemente, nunca estuvo presente en las actas de recepción. Por lo tanto, no se opuso a ellas por escrito, como exige el artículo 6 LOE, como debería haber hecho si lo que pretendía era denunciar los vicios de la construcción, lo que nunca efectuó. Lo mismo puede deducirse de la alegada contradicción de la sentencia recurrida con los pactos contenidos en el contrato de obra, que no establecían una regla distinta para la recepción.

2º Se ha producido una clara aceptación tácita, ya que consta que en el mes de abril, es decir, unos tres meses después de haberse acabado la obra, la nave se encontraba arrendada, lo que determina que si bien no hubo una aceptación expresa, sí se demostró por los hechos la conformidad del promotor, quien procedió a arrendarla.

**QUINTO.** En el *Tercer motivo*, se denuncia la aplicación indebida del artículo 1098 CC, en relación con el artículo 6 LOE y el artículo 1091 CC. Dice que es claro que el constructor optó por no reparar nada y encargó un informe que justificaba la falta de necesidad de cualquier reparación. Y ello a pesar de saber que la solera tenía defectos, puesto que había reclamado a la empresa que subcontrató para su ejecución. Aparte de la prueba sobre el importe de la reparación, la mera declaración de incumplimiento de la actora debería motivar la anulación de los intereses desde la interpelación judicial a que la sentencia recurrida condena a la recurrente, porque no está en mora mientras la contraparte no cumpla su obligación.

*El motivo se desestima.*

En este motivo la recurrente incurre claramente en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, pues pretende que se tengan en cuenta unos hechos cuando han resultado probados otros distintos, lo que no merece mayores argumentos.

Lo mismo ocurre en el *Cuarto motivo*, que denuncia la infracción, por aplicación indebida del artículo 6 LOE, en relación con los artículos 9 y 12 LOE y el artículo 1091 CC. Cuando la dirección facultativa intervino en el acta de replanteo, estaba simplemente cumpliendo su obligación, según el artículo 12.3 LOE, de modo que cuando la sentencia recurrida le reprocha que cumpla la ley, ejerciendo sus obligaciones y atribuyéndole parcialidad a favor del recurrente al reprocharle que no quisiera conformar unas presuntas certificaciones que no se ajustan a lo pactado, ello es una infracción de lo dispuesto en los artículos citados como infringidos. Ello es importante porque el fallo de la sentencia está condicionado por el hecho de haber considerado que había parcialidad. Debe aplicarse el mismo argumento que se utilizó para desestimar el motivo tercero, debiendo tenerse en cuenta, además, que no es un razonamiento que dé lugar exclusivamente al fallo de la sentencia recurrida.

**SEXTO.** La desestimación de los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de CENIMSA, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 20 mayo 2005, determina la del propio recurso.

Se imponen las costas del recurso de casación a la recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC, que se remite al Art. 394 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de CENIMSA, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 20 mayo 2005, dictada en el rollo de apelación nº 232/05.

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen a la recurrente las costas originadas por su recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Roman Garcia Varela** .- **Francisco Marin Castan** .- **Jose Antonio Seijas Quintana** .- **Encarnacion Roca Trias**.- **Rubricado**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.