



Roj: **STS 525/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:525**

Id Cendoj: **28079110012016100074**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2016**

Nº de Recurso: **2574/2013**

Nº de Resolución: **49/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TO 656/2013,**
STS 525/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 406/2012 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 221/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Toledo, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil La Guardia Polígono Industrial, S.L. y la mercantil Tecnología y Mercado Exterior, S.L., representados por la procuradora doña Dolores Rodríguez Martínez, bajo la dirección letrada de don Juan Carlos Saiz Nicolás, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María Carmen Madrid Sanz en calidad de recurrente y compareciendo como parte recurrida Prorosan S.L., representada por el procurador don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, bajo la dirección letrada de don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Nérida Tardío Sánchez, en nombre y representación de Prorosan S.L., interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra las mercantiles Tecnología y Mercado Exterior S.L. y La Guardia Polígono Industrial, y contra D. Romulo y D. Secundino y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«que contenga los siguientes pedimentos:

a) RESPECTO A LA GUARDIA POLÍGONO INDUSTRIAL.

1. Se declare incumplido por la mencionada mercantil el contrato de 28 de julio de 2006.

2. Se condene a La Guardia Polígono Industrial, S.L. a abonar a mi mandante la suma de CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON NOVENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO, más los correspondientes intereses legales.

b) RESPECTO A TECNOLOGÍA Y MERCADO EXTERIOR S.L..

1. Se declaren incumplidos los compromisos de pago de la citada mercantil respecto de mi mandante, asumidos en ejecución del contrato de 28 de julio de 2006.

2. Se condene a TECNOLOGÍA Y MERCADO EXTERIOR S.L. a abonar a mi mandante la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS DE EURO, más los correspondientes intereses legales.



c) RESPECTO A D. Romulo Y DON Secundino , así como también respecto de la demandada TECNOLOGÍA Y MERCADO EXTERIOR, S.L..

1. Se declare la responsabilidad de pago de D. Romulo y D. Secundino y de Tecnología y Mercado Exterior S.L. respecto a la cantidad de UN MILLÓN CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO, para el caso de que dicha deuda (que no es sino parte de la señalada en el punto b2)) no fuese atendida total o parcialmente por La Guardia Polígono Industrial S.L.. Declarándose que en tal caso ambos señores y la mercantil cada uno en un tercio, deberán hacer frente a la deuda íntegra o aquella parte que no haya podido ser abonada por La Guardia Polígono Industrial S.L..

d) Se impongan en todo caso las costas del presente procedimiento a los demandados».

2.- Admitida la demanda, el procurador don Antonio Sánchez Coronado, en nombre y representación de las mercantiles La Guardia Polígono Industrial S.L. y Tecnología y Mercado Exterior S.L., contestó a la demanda e interpuso demanda reconvenicional. En ambos, expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, respecto a la contestación a la demanda suplicó al Juzgado su desestimación con expresa imposición a la demandante de las costas causadas, respecto a la demanda reconvenicional terminó suplicando al juzgado dictase sentencia:

«por la que se estime la demanda reconvenicional planteada en todos sus términos y se condene a PROROSAN, S.L. al pago de la cantidad adeudada a mi representada por los conceptos ya expresados en cuantía de 2.391.872,16.- euros, más los intereses correspondientes, con imposición de costas a la mercantil PROROSAN S.L.».

3.- Admitida la reconvenición la procuradora doña Nélida Tardío Sánchez, en nombre y representación de Prorosan S.L., contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«acogiendo los pedimentos de la demanda principal y procediendo a la íntegra desestimación de la reconvenición presentada por La Guardia Polígono Industrial, S.L., con expresa condena en costas para la parte demandada y reconviniente».

4.- El procurador don Antonio Sánchez Coronado se personó posteriormente en nombre y representación de los otros dos demandados, don Romulo y don Secundino , y contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes suplicando al Juzgado:

«sea dictada sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta por PROROSAN S.L. con expresa imposición a estas de las costas causadas».

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Toledo se dictó sentencia, con fecha 26 de septiembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO. Estimo íntegramente la demanda presentada por la entidad PROROSAN S.L. representada por el procurador Sra. Tardío Sánchez y defendida por el Letrado Sr. Tebas Medrano contra la entidad TECNOLOGÍA Y MERCADO EXTERIOR S.L. y la entidad LA GUARDIA POLÍGONO INDUSTRIAL S.L. representadas por el Procurador Sr. Sánchez Coronado y defendidas por el letrado don José María González de la Cruz y contra don Romulo y don Secundino representados por el Procurador Sr. Sánchez Coronado y, en consecuencia:

1º.) debo declarar y declaro incumplido por la mercantil La Guardia Polígono Industrial el contrato de fecha 28 julio 2006 y se condene a la Guardia Polígono Industrial S.L. a abonar a la entidad PROROSAN la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS DE EUROS (2.955.350,18 euros) más el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial hasta el día de hoy y el interés legal incrementado en dos puntos desde el día de hoy hasta su completo pago.

2º.) debo declarar y declaro que la entidad Tecnología y Mercado Exterior S.L. incumplió los compromisos de pago asumidos en ejecución del contrato de 28 julio 2006 y debo condenar y condeno a la entidad Tecnología Mercado Exterior social a pagar a la entidad PROROSAN S.L. la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (956.798,30 de euro) más el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial hasta el día de hoy y el interés legal incrementado en dos puntos desde el día de hoy hasta su completo pago.

3º.) Para el caso de no ser satisfecha, total o parcialmente, por la entidad La Guardia Polígono Industrial S.L. el pago de la cantidad antes expuesto, esto es, 2.955.350,18.- euros, debo declarar y declaro a don Romulo y don Secundino así como a la entidad Tecnología y Mercado Exterior S.L. como responsables del citado pago hasta el límite de 1.417.768,43.- euros, declarándose que, en tal caso de incumplimiento total o parcial, don



Romulo , don Secundino y la entidad Tecnología y Mercado Exterior S.L, cada uno, en un tercio, deberán hacer frente a la deuda integra o aquella parte que no haya podido ser abonado por la entidad La Guardia Polígono Industrial S.L., con el indicado límite de 1.417.768,43.- euros.

4º.) No se hace expresa imposición de costas procesales, de suerte que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de todos los demandados e impugnada la sentencia por el demandante, en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo se dictó sentencia, con fecha 23 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO. Que desestimando el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Tecnología y Mercado Exterior S.L., La Guardia Polígono Industrial S.L., don Romulo y otro y estimando parcialmente la impugnación de Prorosan S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Toledo, con fecha 26 de septiembre de 2011 , en el procedimiento núm. 221/08, de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en su pronunciamiento primero en el sentido de incrementar el importe de la condena a la entidad Prorosan a la suma de tres millones cuatrocientos nueve mil doscientos un euros (3.409.201.-€) confirmándola en lo restante íntegramente imponiendo las costas de la apelación a la parte apelante y sin pronunciamiento sobre las de la impugnación».

TERCERO.- 1.- Por la representación procesal de La Guardia Polígono Industrial, S.L., y Tecnología y mercado Exterior, S.L., se interpuso recurso de casación basado en los siguientes:

Motivo primero.- Se articula por el cauce casacional previsto en el art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en este motivo por infracción de lo dispuesto en el art. 1 , 3 , 6 , 8 , 12.3.c), e), "obligaciones del Director de Obra "; art. 13.1 y 13.2.c) "obligaciones del director de ejecución de la obra"; todos, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación , e infracción de lo dispuesto en el art. 1254 , 1255 , 1256 y 1258 y siguientes del Código Civil , en cuanto a la existencia, validez y obligatoriedad del cumplimiento, en relación con el art. 1281 y 1278 y siguientes del mismo texto, en relación con el art. 2 y 59 del Código de Comercio , sin que en ningún caso dicho cumplimiento albergue la posibilidad de que pueda quedar al arbitrio de ninguno de los contratantes.

Motivo segundo.- Se articula por el cauce casacional previsto en el art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en este motivo por infracción de lo dispuesto en el art. 1140 , art. 1141 inciso segundo , art. 1144 , art. 1145 inciso segundo y tercero , art. 1101 , art. 1106, todos del Código Civil , así como lo dispuesto en los arts. 1 , 3 , 6 , 8 , 11 , 12 , 13 y en el art. 17 apartados 1 , 3 , 6 y 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación .

Motivo tercero.- Se articula por el cauce casacional previsto en el art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, art. 1124 del Código Civil y disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación , en relación con los arts. 3, 6, 11, 12 y 13 de la misma.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 2 de septiembre de 2014 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, personado en nombre y representación de la mercantil Prorosan S.L., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte actora, Prorosan, S.L. (constructora), interpuso demanda contra Tecnología y Mercado Exterior, S.L., La Guardia Polígono Industrial, S.L., D. Romulo y D. Secundino . En la demanda se solicitaba la resolución del contrato mixto de ejecución de obra para la realización de una urbanización y construcción de naves industriales con suministro de materiales y de mediación en la venta al público de las naves construidas, celebrado con fecha 28 de julio de 2006, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas por La Guardia Polígono Industrial, S.L. (Propietaria) en el mentado contrato, interesando la condena de los otros tres codemandados en virtud de la garantía suscrita respectivamente por los mismos. Frente a dicha pretensión las dos mercantiles formularon oposición alegando la inexistencia de incumplimiento alguno



de las obligaciones, formulando a su vez reconvencción con base en los previos incumplimientos de la parte demandante. Las dos personas físicas codemandadas opusieron el beneficio de excusión.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción. Dicha sentencia tras examinar las obligaciones de cada una de las partes en el contrato, concluyó el incumplimiento de la parte demandada de sus obligaciones, condenando a La Guardia Polígono Industrial, S.L., al abono a la actora de la suma de 2.995.350,18.- euros, más intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial hasta la fecha de la sentencia y el interés legal incrementado en dos puntos desde el día de hoy hasta su completo pago. Asimismo condenó a Tecnología y Mercado Exterior, S.L., al abono a la actora de la suma de 956.798,30.- euros más intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial hasta la fecha de la sentencia y el interés legal incrementado en dos puntos desde el día de hoy hasta su completo pago. Para el caso de no ser satisfecha, total o parcialmente, por la entidad la Guardia Polígono Industrial, S.L., la suma de 2.995.350,18.- euros, declaró a D. Romulo y D. Secundino , así como a la entidad Tecnología y Mercado Exterior, S.L. como responsables del citado pago hasta el límite de 1.417.768,43.- euros. Por lo que respecta al colector de la urbanización. señaló dicha resolución que la entidad actora (constructora) había asumido la obligación final de ejecutar como partida de obra el colector, con independencia de la responsabilidad bien directamente suya como constructora o bien de los profesionales que intervinieron, lo cierto es que dicho colector se realizó de forma defectuosa, sin que tal extremo pueda justificar el incumplimiento definitivo de la obligación asumida por la demandante, con la consecuencia de que dicha partida no debe entenderse ejecutada y por ello debe excluirse de valoración por la entidad actora en la suma de 1.258.702.- euros. Es decir, el importe de la obra del colector mal ejecutado, en relación con elevado volumen de obra contratada, no era determinante ni permitía entender que se frustrase la finalidad del contrato; por ello no se admitía la reclamación del importe del precio de la obra del colector, que se solicitaba por la actora.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, Tecnología y Mercado Exterior, S.L., la Guardia Polígono Industrial, S.L., D. Romulo y D. Secundino . Por la parte actora se realizó impugnación del recurso de apelación. Con fecha 23 de julio de 2013 se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera , la cual desestimó el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas y estimó parcialmente la impugnación de Prorosan, S.L., revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de incrementar el importe de la condena a la entidad la Guardia Polígono Industrial, S.L., a la suma de 3.409.201.- euros, confirmando la sentencia de primera instancia en los restantes extremos. La sentencia ahora recurrida comienza examinando la cláusula decimoquinta del contrato y conforme a la cual la valoración de lo ejecutado se realizaría por la dirección facultativa. Considera esta resolución que dicha cláusula se estableció para que no se paralizara la obra por las diferencias de valoración que pudieran surgir entre las partes, dejando la obra inactiva durante los años que pudiera durar el procedimiento sin poder reanudarla, debiendo entenderse que la dirección facultativa efectuará las valoraciones necesarias para poder reanudar la construcción, todo ello sin perjuicio de que cualquiera de las partes conserve el derecho a acudir a la vía judicial para reclamar aquello que estima que se le debe, utilizando para ello los medios de prueba que estime convenientes, entre ellos la prueba pericial. En cuanto a la ejecución del colector de la urbanización señaló que se ejecutó por la actora aunque de forma defectuosa, no constituyendo un incumplimiento esencial vista la magnitud de la obra, no habiendo devenido inútil la totalidad de la urbanización. No obstante, en cuanto a dicho colector, entiende que los defectos son debidos no solamente a una mala ejecución, sino también a un defecto de proyecto, existiendo una concurrencia de culpas, para a continuación indicar que del valor presupuestado de 1.257.702.- euros se debe descontar la suma que la demandada ha percibido ya de la aseguradora del arquitecto y aparejador reconociendo su parte de culpa (350.000.- euros) y dividir entre las partes el resultado prudencialmente por mitad, esto es, 453.851.- euros, incrementando el importe de la condena a la entidad LA GUARDIA a la suma de 3.409.201.- euros.

Recurren en casación las partes codemandadas, Tecnología y Mercado Exterior, S.L. y la Guardia Polígono Industrial, S.L..

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC 2000 , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se sustanció por razón de una cuantía superior a los 600.000.- euros al venir fijada la cuantía en la suma de 5.363.496,35.- euros, de conformidad con la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).

El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la recurrente se articula en tres motivos. En el motivo primero se alega la infracción de los artículos 1 , 3 , 6 , 8 , 12.3 c) , 13.1 , 13.2 c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , artículos 1254 , 1255 , 1256 , 1258 , 1281 y 1278 del Código Civil , así como los artículos 2 y 59 del Código de Comercio . Señala la parte recurrente que la sentencia recurrida



realiza una interpretación errónea de la cláusula decimoquinta del contrato por cuanto la valoración de la obra por la dirección facultativa no puede ser relevada ni obviado el trámite que el contrato prevé para el caso de resolución, constituyendo obligación de esa dirección facultativa la de realizar y participar en el proceso de liquidación, sin perjuicio de que las partes puedan tras la entrega y recepción de la obra y su liquidación en los términos pactados, si no están conformes, acudir a los tribunales, procedimiento que no ha sido seguido, liquidándose la obra por la demandante al margen de lo expresamente pactado. En el motivo segundo se alega la infracción de los artículos 1140, 1141, 1144, 1145, 1101 y 1106 del Código Civil, así como los artículos 1, 3, 6, 8, 11, 12, 13 y 17 de la Ley 38/99, de Ordenación de la Edificación. Señala la parte recurrente que señalando la sentencia recurrida que el colector de la urbanización era defectuoso, tanto por una mala ejecución de la demandante como por un defecto de proyecto, no cabe imputar a las ahora recurrentes un defecto respecto del que son totalmente ajenas como hace la sentencia de la Audiencia al incrementar el importe de su condena como consecuencia de una concurrencias de culpas que en todo caso corresponde al constructor y a la dirección facultativa pero no a la hoy recurrente, habida cuenta que son el contratista y la dirección facultativa quienes tienen la obligación de realizar y acomodar la ejecución a la buena construcción, respondiendo ante el promotor por tales omisiones en tanto que este último no tiene la obligación de soportarlas. Por último, en el motivo tercero se alega la infracción del artículo 1124 del Código Civil así como la Disposición Adicional Primera y los artículos 1, 3, 11, 12 y 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Señala la parte recurrente que indicando la sentencia recurrida que el colector de urbanización era inservible, constituyendo un 20% de la obra, resulta clara la existencia de un incumplimiento previo de la demandante, resolviendo unilateralmente el contrato de forma injustificada. Añade que, en cualquier caso, no pueden considerarse ninguna obra o capítulo parcial de obras ejecutadas parcialmente y abonadas en certificaciones parciales, ni como pagos realizados a efectos de cobro de liquidación o definitivos a favor del constructor al estar la obra a falta de liquidación definitiva y recepción, al igual que los trabajos no certificados finalmente como adecuadamente ejecutados y con derecho a cobro y exigencia del promotor.

SEGUNDO .- Son hechos no controvertidos los siguientes:

1º.- El día 28 de julio de 2006 la entidad contratista Prorosan S.L. suscribió con la entidad La Guardia Polígono Industrial, propiedad, el contrato aportado como documento número tres cuya cláusula primera establece que el objeto del presente contrato es la ejecución de la urbanización y la construcción de las naves industriales con suministro de tales materiales y medios auxiliares y mediación en exclusiva en la venta al público de los inmuebles resultantes de la promoción, para la propiedad, y por parte del contratista del polígono industrial compuesto de aproximadamente 157 naves industriales, sito en el nuevo sector tres de la NNSS de La Guardia, Toledo, conforme a los proyectos correspondientes y oferta económica mencionada en los expositivos 2 y 4 respectivamente de la demanda. «El encargo mencionado es del tipo llave mano por lo que la contratista se encargará de gestionar la promoción de principio a fin, incluyendo los proyectos para la construcción de las naves, obligándose a sufragar a su cargo, todos y cada uno de los requisitos necesarios para su correcta ejecución, entregando los inmuebles resultantes listos para su utilización (excepción de la contratación de suministros y licencias de construcción, apertura y o actividad)».

A su vez la entidad La Guardia Polígono Industrial asumía dos obligaciones esenciales, la primera, llevar a cabo la contratación de suministros, obtención de licencias de construcción, apertura y o actividad y, en segundo lugar, abonar el precio estipulado.

En cuanto al precio estipulado, la cláusula quinta previene que el contratista se obliga a realizar los trabajos descritos en la cláusula primera según la oferta económica del anexo primero por el precio de 13.404.484,10.- €, IVA excluido, para la urbanización y los precios que se relacionan a continuación para la construcción de las naves..., en el precio se considera incluido el importe de todos los conceptos necesarios para la completa realización de las obras, de acuerdo con los documentos del proyecto, presupuestos totales aceptados, memoria y calidades y demás documentos contractuales. En particular, entre otros correrán por cuenta del contratista la mano de obra, los materiales, las piezas auxiliares y pequeño material para el correcto funcionamiento aunque no esté incluido de forma específica en la descripción, los medios auxiliares, gastos generales y, obligaciones inherentes a la seguridad social y hacienda, de trabajo para el personal laboral, consumos de energía eléctrica y de agua, necesarios para la obra, realización de las líneas y conducciones necesarias para la ejecución de todos los trabajos siempre y cuando estas líneas están incluidas en el presupuesto de urbanización anexo a este contrato, medios e instalaciones, la ejecución y el desarrollo del plan de seguridad con todos los elementos de seguridad necesarios y sus instalaciones necesarias.

El importe de la oferta económica para la urbanización se entiende y se considera a todos los efectos como precio cerrado por incluir el presupuesto los precios unitarios acordados, no siendo por ello objeto de revisión por ningún concepto. Ello sin perjuicio de las variaciones que pudieran proceder en los casos de modificación en el proyecto de la fase de obra contratada a que se refiere la cláusula décima primera (trabajos no incluidos



en el presupuesto). La propiedad no reconocerá ningún aumento de precio por mejorar sus variaciones que no hayan conformado previamente por escrito, entendiéndose que las efectuadas sin autorización por la contrata o las de subsanar las mal ejecutadas están comprendidas en el presupuesto aprobado. Cláusula sexta.- En su primer párrafo establece que en los primeros cinco días de cada mes, el contratista entregará certificación por su responsable técnico para su posterior comprobación, medición y valoración por parte de la dirección facultativa que, en su caso, dará la conformidad o formulará las observaciones que considere oportunos en el plazo de 10 días transcurrido el cuál sin haber manifestado nada en contrario, se entenderá otorgada tácitamente la conformidad.... «La propiedad se obliga a pagar en un plazo no superior a 10 días a partir de la aprobación de la certificación por parte de la dirección facultativa. Dicho pago se materializará mediante pagaré con vencimiento a 90 días desde la fecha de la certificación. Las certificaciones se considerarán como pagos a buena cuenta y se entregarán en el domicilio que la propiedad señale a estos efectos...». Si cinco días hábiles antes del vencimiento del referido pagaré la propiedad previera que no iba a poder atender parcial o totalmente su obligación de pago, entregará a la contrata un pagaré como renovación de la anterior por la diferencia, con un nuevo vencimiento a otros 30 días desde la fecha de la obligación de pago inicialmente contraída. «Esta operación será de obligada aceptación para la contratista....La contratista no está obligada a aceptar más de tres de estas renovaciones a lo largo de la obra. En ningún caso serán dos consecutivas» ni tampoco en relación de las dos últimas certificaciones, incluida en ellas la liquidación final. La cláusula décimo primera estipula en su último párrafo que las modificaciones y variaciones del proyecto exigidas e impuestas por la autoridad competente por razón de orden urbanístico, técnico, de seguridad u otros que afecten a las obras contratadas, serán igualmente realizadas por la contratista teniendo derecho, en su caso, al incremento del precio que corresponda por razón de un mayor volumen de obra o una mejora de las calidades de los materiales a emplear, previa entrega y aceptación del presupuesto oportuno.

2º.- En el documento núm. 6 aportado con el escrito de demanda se incorpora como anexo seis modificaciones al contrato para la ejecución de obras y gestión de ventas del polígono industrial la guardia de fecha 28 de julio de 2006, modificación de fecha 8 de agosto de 2007 en el que se modifican la cláusula primera, sexta, del citado contrato de 2006 y se sustituye el anexo cuarto por el anexo que se adjunta en documento. En concreto, la cláusula primera se sustituye por la siguiente: el objeto del presente contrato es la ejecución de la urbanización y la construcción de las naves industriales con suministro total de materiales y medios auxiliares y mediación en la venta al público de los inmuebles resultantes de la promoción, para la propiedad y por parte del contratista, del polígono industrial compuesto por 144 naves industriales propiedad de La Guardia Polígono Industrial, S.L., conforme a los proyectos correspondientes y oferta económica mencionada en los positivos 2 y 4 respectivamente. No obstante lo anterior, la propiedad y/o quien ésta designase, se reserva el derecho de comercializar las naves igualmente. «El encargo mencionado del tipo llave en mano por lo que la contratista se encargará de gestionar la promoción de principio e incluyendo los proyectos para la construcción de las naves obligándose a sufragar a su cargo todos y cada uno de los requisitos necesarios para su correcta ejecución, entregándolo sin los resultantes listos para su utilización (a excepción de contratación de suministros y licencias de construcción apertura y/o actividad)». Respecto a las partidas no incluidas en el proyecto y posibles mejoras nos remitimos a lo dispuesto en la cláusula undécima. La cláusula quinta contiene la reducción de los precios que se relacionan para la construcción de las naves que se consignan y la cláusula sexta que queda redactada de la misma forma que la anterior pero suprimiendo el último párrafo.

Con fecha 2 de enero de 2008, según se desprende del documento núm. 23 de los aportados con el escrito de demanda, la entidad actora manifiesta que, a partir de esa fecha, se paralizan los trabajos de construcción hasta que no abone las facturas que están pendientes de pago por importe de 1.328.023,19.-€ según relación que se adjunta en el citado documento.

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO - Motivo primero. «Se articula por el cauce casacional previsto en el art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en este motivo por infracción de lo dispuesto en el art. 1 , 3 , 6 , 8 , 12.3.c) , e) , "obligaciones del Director de Obra " ; art. 13.1 y 13.2.c) "obligaciones del director de ejecución de la obra"; todos, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación , e infracción de lo dispuesto en el art. 1254 , 1255 , 1256 y 1258 y siguientes del Código Civil , en cuanto a la existencia, validez y obligatoriedad del cumplimiento, en relación con el art. 1281 y 1278 y siguientes del mismo texto, en relación con el art. 2 y 59 del Código de Comercio , sin que en ningún caso dicho cumplimiento albergue la posibilidad de que pueda quedar al arbitrio de ninguno de los contratantes».

Se desestima el motivo.

Señala la parte recurrente que la sentencia recurrida realiza una interpretación errónea de la cláusula decimoquinta del contrato por cuanto la valoración de la obra por la dirección facultativa no puede ser relevada ni obviado el trámite que el contrato prevé para el caso de resolución, constituyendo obligación de esa dirección



facultativa la de realizar y participar en el proceso de liquidación, sin perjuicio de que las partes puedan tras la entrega y recepción de la obra y su liquidación en los términos pactados, si no están conformes, acudir a los tribunales, procedimiento que no ha sido seguido, liquidándose la obra por la demandante al margen de lo expresamente pactado.

En el contrato de obra consta como cláusula decimoquinta la siguiente:

«DECIMOQUINTA.- RESOLUCIONES DEL CONTRATO.

»El presente contrato podrá ser rescindido por mutuo acuerdo de las partes así como por incumplimiento grave de las estipulaciones del mismo.

»Además, LA PROPIEDAD podrá resolver el contrato en los siguientes casos:

»1) Si la ejecución de la obra, por parte del CONTRATISTA, se llevase a cabo con defecto en la calidad y perfección establecidas en este contrato y en la documentación que lo integra, conforme al artículo 1.124 del Código Civil . Entre otros defectos se considerarán concretamente la disminución en la resistencia de materiales de las obras previsto por la norma legal y técnica, peligrosidad evidente de las mismas y otras circunstancias análogas.

»2) Si se declarase expediente de suspensión de pagos o declaración de quiebra mercantil de EL CONTRATISTA, sin perjuicio de los derechos y acciones que pudieran corresponder a LA PROPIEDAD.

»3) Si se aprobase, por la Autoridad Laboral, expediente de regulación de empleo, que conlleve una reducción de plantilla, que a juicio de LA DIRECCIÓN FACULTATIVA, imposibilitase a EL CONTRATISTA la realización de la obra contratada en las mismas condiciones estipuladas.

»4) Si se produjese la extinción de la personalidad jurídica de EL CONTRATISTA, por cualquier causa o se produjese un cambio de titularidad mayoritaria en la empresa de EL CONTRATISTA, salvo que los nuevos titulares ofrecieran, en el plazo de quince días, llevar a cabo la obra contratada en las mismas condiciones estipuladas y con las mismas garantías profesionales y solvencia económica, y sea aceptada previamente por LA PROPIEDAD.

»5) Si sobreviene imposibilidad a EL CONTRATISTA que le impida la ejecución de la obra, en la forma y plazos establecidos en este contrato.

»6) La no iniciación de las obras en los términos establecidos.

»7) Cuando no se ajuste a las órdenes e instrucciones de la Dirección Facultativa para ejecutar las obras con arreglo al proyecto y calidades contratadas.

»8) La falta de pago a proveedores y subcontratistas de LA CONTRATISTA en la forma y plazos que con ellos tuviera estipulados y que motiven reclamaciones de aquellos contra LA PROPIEDAD; la paralización parcial en la ejecución de las obras; y la falta de aprovisionamiento de materiales o retirada de acopios realizados.

»Si el CONTRATISTA incurre en la causa primera de resolución, queda obligado a correr con los gastos de demolición y sustitución de lo deficientemente ejecutado y todo lo demolido.

»Asimismo, EL CONTRATISTA podrá resolver este contrato en los siguientes casos:

»1) La quiebra o suspensión de pagos o concurso de acreedores de LA PROPIEDAD.

»2) La pérdida de la personalidad jurídica de la propiedad.

»Para que LA PROPIEDAD o LA CONTRATISTA puedan instar la resolución del presente contrato, será requisito indispensable el previo requerimiento notarial a la parte incumplidora, concediéndole un plazo de quince días para ponerse al corriente de sus obligaciones, salvo en el caso de suspensión de pagos o quiebra, o en el de paralización de la obra.

»Si LA PROPIEDAD es la que resuelve el contrato, por haber incurrido LA CONTRATISTA en alguna de las causas antes fijadas, ésta última se obliga a desalojar la obra en un plazo máximo de sesenta días.

»En todos los casos de resolución del contrato principal, EL CONTRATISTA se compromete a entregar para su conformidad a LA DIRECCIÓN FACULTATIVA, la oportuna certificación, valoración completa de la obra ejecutada y pendiente de facturar en el plazo máximo de quince días, plazo propuesto expresamente por EL CONTRATISTA, a partir de la fecha en que éste haya recibido la notificación correspondiente de la rescisión del contrato.

»Desde este momento EL CONTRATISTA se compromete a otorgar y otorga su total y expresa conformidad a la valoración que, referente a dicha obra ejecutada pendiente, certifique y haga LA DIRECCIÓN FACULTATIVA



como resultado de aplicar a la medición de la obra, pendiente de certificar, los precios unitarios de contrato en aquellas unidades de obra que estén totalmente ejecutadas, aún en el caso de que existiera diferencia con la presentada por él, con el fin de evitar cualquier posible litigio al respecto, que pudiera entorpecer la continuación de las obras por parte de LA PROPIEDAD, en la forma y por quien ésta considere conveniente. Todo ello, sin perjuicio de que EL CONTRATISTA pueda hacer valer su diferencia de criterio, si existiera.

«Si la resolución del contrato se ha producido por incumplimiento de LA PROPIEDAD y a instancia de LA CONTRATISTA, esta tendrá derecho a la liquidación de la obra ejecutada, sin perjuicio de las indemnizaciones y abonos de intereses que resultaren procedentes, debiendo no obstante desalojar previamente la obra, tan pronto le requiera para ello LA PROPIEDAD, en el plazo de sesenta días».

Esta Sala debe declarar que el problema no es si el demandante siguió o no las pautas de la dirección facultativa, para certificar las obras y su liquidación respectiva.

La cuestión es si las obras ejecutadas han sido o no abonadas por la parte demandada, la que libró los correspondientes pagarés que pese a su renovación fueron impagados.

Es decir, si se emitieron los pagarés es debido a que ambas partes estaban de acuerdo con las certificaciones efectuadas. Por ello, la paralización de la obra se debió al impago de los pagarés.

Por tanto, ningún sentido tiene la cita indiscriminada de preceptos, que olvidan la cuestión nuclear del procedimiento, cual es el impago y no la liquidación de las obras, habiéndose efectuado por el tribunal de apelación una correcta interpretación del contrato (art. 1281 del C. Civil).

A ello cabe añadir que el recurrente efectúa una cita indiscriminada de preceptos que hacen difícil la determinación de lo que pide y en qué sustento jurídico se funda.

La cita indiscriminada de preceptos, tal y como ha reiterado la jurisprudencia (sentencias 2 de julio de 2009 , 19 de julio de 2010 , 24 de septiembre de 2010 , 14 de abril de 2011 y 8 de noviembre de 2011), está incurso en defecto procesal de planteamiento pues no es función de esta Sala averiguar en cuál de ellas se haya la infracción, sino que es la parte recurrente la que debe concretar la norma que considera infringida y expresar exactamente en que consiste la infracción.

CUARTO .- Motivo segundo. «Se articula por el cauce casacional previsto en el art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, y en este motivo por infracción de lo dispuesto en el art. 1140 , art. 1141 inciso segundo , art. 1144 , art. 1145 inciso segundo y tercero , art. 1101 , art. 1106, todos del Código Civil , así como lo dispuesto en los arts. 1 , 3 , 6 , 8 , 11 , 12 , 13 y en el art. 17 apartados 1 , 3 , 6 y 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación ».

Se desestima el motivo.

Se alega la infracción de los artículos 1140 , 1141 , 1144 , 1145 , 1101 y 1106 del Código Civil , así como los artículos 1 , 3 , 6 , 8 , 11 , 12 , 13 y 17 de la Ley 38/99, de Ordenación de la Edificación . Insta la parte recurrente que señalando la sentencia recurrida que el colector de la urbanización era defectuoso, tanto por una mala ejecución de la demandante como por un defecto de proyecto, no cabe imputar a las ahora recurrentes un defecto respecto del que son totalmente ajenas como hace la sentencia de la Audiencia al incrementar el importe de su condena como consecuencia de una concurrencia de culpas que en todo caso corresponde al constructor y a la dirección facultativa pero no a la hoy recurrente, habida cuenta que son el contratista y la dirección facultativa quienes tienen la obligación de realizar y acomodar la ejecución a la buena construcción, respondiendo ante el promotor por tales omisiones en tanto que este último no tiene la obligación de soportarlas.

Esta Sala aprecia que en la sentencia de la Audiencia Provincial se analiza si corresponde condenar al demandado por las obras efectuadas por la actora en el colector. En la sentencia recurrida se declara que la obra del colector estaba mal ejecutada y deficientemente proyectada. Por ello revoca la sentencia del Juzgado (en la que no se concedía partida alguna por el colector) y declara que debe condenarse al demandado a abonar la mitad de la obra ejecutada en el colector, mientras que le exonera del resto debido a la negligencia del demandante (constructora), apreciando concurrencia de culpas.

Entiende el recurrente que la negligencia del proyectista no puede provocar su condena como promotora, siendo cuestión que deberán dilucidarse entre la constructora y el proyectista.

Esta Sala declara que en el contrato de obra consta que el proyecto de la urbanización se efectuó por proyectista dependiente del promotor (ahora demandado), según consta en el expositivo segundo del contrato. Por tanto, no extraña que en la sentencia recurrida se cargue al demandado con el perjuicio derivado del deficiente proyecto que él mismo encargó (art. 1101 del C. Civil), por ello es ajustado a derecho que el



contratista deba afrontar las consecuencias de la deficiente ejecución del colector y el promotor las secuelas del defectuoso proyecto que él encargó.

No procede entender inaplicados los preceptos de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), dado que lo aplicable es la normativa contractual, en base al contrato de obra, pues al no estar concluida la edificación no es aplicable el régimen de responsabilidad civil de la LOE (art. 17.1 LOE).

QUINTO .- Motivo tercero.«Se articula por el cauce casacional previsto en el art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, art. 1124 del Código Civil y disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación , en relación con los arts. 3, 6, 11, 12 y 13 de la misma».

Se desestima el motivo .

En el motivo tercero se alega la infracción del artículo 1124 del Código Civil así como la disposición adicional primera y los artículos 1 , 3 , 11 , 12 y 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación . Señala la parte recurrente que indicando la sentencia recurrida que el colector de urbanización era inservible, constituyendo un 20% de la obra, resulta clara la existencia de un incumplimiento previo de la demandante, resolviendo unilateralmente el contrato de forma injustificada. Añade que, en cualquier caso, no pueden considerarse ninguna obra o capítulo parcial de obras ejecutadas parcialmente y abonadas en certificaciones parciales, ni como pagos realizados a efectos de cobro de liquidación o definitivos a favor del constructor al estar la obra a falta de liquidación definitiva y recepción, al igual que los trabajos no certificados finalmente como adecuadamente ejecutados y con derecho a cobro y exigencia del promotor.

Esta Sala debe declarar que el motivo parte de un presupuesto erróneo, pues en la sentencia recurrida no se declara que el incumplimiento sea esencial, ni que el incumplimiento lo sea de un 20% de la obra, siendo estos asertos los que planteó el recurrente en apelación y como tal se recogen en el FDD 3º de la sentencia recurrida.

En la sentencia recurrida se interpreta correctamente el art. 1124 del C. Civil , en cuanto determina la existencia de causa cierta para la resolución, derivada de los impagos del demandado, que dificultaron la financiación de la obra.

Este Tribunal ha declarado:

«La jurisprudencia de esta Sala exige, en efecto, como requisito para que la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil prospere, entre otros, que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que les concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro (que es lo que acontece en el caso presente), pues la conducta de este es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986 y 1 de diciembre de 1989 , entre otras).

» Sentencia de 04 de Marzo de 1997, recurso:953/1993 .

»Y, con relación al ejercicio de la facultad resolutoria contemplada en el artículo 1124 CC , se ha dicho constantemente por esta Sala que, quien incumple como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, se encuentra legitimado para interesar la resolución contractual (STS de 20 de diciembre de 1993 y las que en ella se citan), o, al menos, queda eximido de seguir atendiendo simultáneamente sus obligaciones, pues si no fuera así se produciría un desequilibrio de prestaciones (SSTS de 13 de mayo de 1985 , 24 de octubre de 1986 , 10 de mayo de 1989 , 12 de julio de 1991 y 17 de febrero de 2003 y 22 de diciembre de 2006).

» Sentencia de 01 de Octubre del 2010, recurso:1534/2005 ».

SEXTO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por Tecnología y Mercado Exterior S.L. y por la Guardia Polígono Industrial S.L., representadas por la Procuradora D.ª Carmen Madrid Sanz, contra sentencia de 23 de julio de 2013 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ