

Roj: **STS 7137/2003 - ECLI:ES:TS:2003:7137**Id Cendoj: **28079110012003102635**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/11/2003**Nº de Recurso: **128/1998**Nº de Resolución: **1084/2003**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cáceres, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Bartolomé , D. Juan Miguel y la entidad mercantil "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)", defendidos por el Letrado D. Santiago Merino y Jerez; siendo parte recurrida el Procurador D. Ramiro Reynolds de Miguel, en nombre y representación de "Gante Uno Sociedad Cooperativa de Viviendas", representados por el Letrado D. Juan José Flores Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora D^a Pilar Simón Acosta, en nombre y representación de D. Bartolomé , D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)", interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra "Gante Uno Sociedad Cooperativa de Viviendas" y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia estimando la demanda con los siguientes pronunciamientos: a) Declarando que la demandada "Sociedad Cooperativa de Viviendas Gante Uno, S.Coop", está obligada a pagar a los actores, en concepto de ejecución de unidades de obras nuevas (obras adicionales), la cantidad de ochenta y seis millones seiscientos cuarenta y ocho mil setecientos treinta pesetas (86.648.730 pesetas) si bien, y toda vez que la demandada a cuenta de tal liquidación ya ha pagado a los actores la suma de veintiséis millones novecientos setenta y dos mil quinientas treinta y siete pesetas (26.972.537 pesetas); citada demandada habrá de ser condenada a pagar a los actores la diferencia, esto es, la cantidad de cincuenta y nueve millones seiscientos setenta y seis mil ciento noventa y tres pesetas (59.676.193 pesetas). Condenando a dicha demandada al pago a los actores de citada cantidad, así como al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de la interposición judicial. b) Declare que la demandada "Sociedad Cooperativa de Viviendas Gante Uno, S.Coop", está obligada a pagar a los actores la cantidad de cuarenta y un millones ciento cuatro mil cuatrocientas veintiséis pesetas (41.104.426 pesetas) en concepto de retenciones practicadas; condenando a dicha demandada al pago de tal cantidad, así como al pago de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de la interposición judicial. Sin perjuicio que de acreditarse la existencia de obras a las que viniere obligada la constructora, sean sus mandantes condenados a su ejecución. c) Condenando a la demandada al pago de las costas procesales.

2.- El Procurador D. Juan Antonio Hernández Lavado, en nombre y representación de "Gante Uno Sociedad Cooperativa", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se absuelva a su representada de los contenidos en el suplico de la demanda en el apartado a) y en relación con el apartado b) se dicte sentencia a) en la que se declare que la cantidad retenida por la demandada asciende a 37.953.230 pesetas,



b) Por la que se condene a los actores a la reparación de las deficiencias, defectos y vicios ocultos descritos en los hechos de esta contestación y de los que puedan resultar acreditados a lo largo de la tramitación de este procedimiento, así como a indemnizar a la entidad Gante Uno, Sociedad Cooperativa, en concepto de daños y perjuicios, en la cantidad que resulte de la valoración de las deficiencias, defectos, vicios ocultos e inejecuciones totales o parciales de obra que no se hubiesen llevado a cabo y que se fijen en sentencia o en la fase de ejecución. c) En la que se declare que la sociedad cooperativa demandada no está obligada a entregar a los actores la cantidad retenida hasta que los mismos hayan cumplido su obligación de reparar las deficiencias, defectos y vicios existentes en la construcción y a deducir de dicha cantidad las cantidades que se fijen como indemnización de daños y perjuicios. d) por la que se absuelva de los pedimentos contenidos en el apartado B y C del suplico de la demanda con imposición de las costas de los actores. Y formulando reconvencción alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se declare que a) D. Bartolomé , D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)" están obligados a pagar Gante Uno, Sociedad Cooperativa la cantidad de 15.272.123 pesetas que resulta a su favor de la liquidación definitiva de las obras de construcción de 100 viviendas, garajes y trasteros sitios en las parcelas, 4, 5 y 6A del polígono de Cabezarrubia 2A de Cáceres, condenando a referidos demandados a pagar a la Sociedad actora expresada cantidad por este concepto. b) Se declare que el Estudio de Seguridad e Higiene que por importe de 18.686.146 pesetas ha satisfecho la Cooperativa Gante uno de acuerdo con las estipulaciones y en cumplimiento del mismo es por cuenta de D. Bartolomé , D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)" como empresa constructora, y que debe ser abonado íntegramente por los mismos y se condene a expresados demandados a devolver a la Cooperativa Gante Uno dicha cantidad de 18.686.146 pesetas, c) se condene a D. Bartolomé , D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)" a devolver la cantidad de 26.972.537 pesetas, a la Cooperativa Gante Uno. d) Se condene a D. Bartolomé , a D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)" a abonar a la Sociedad Cooperativa Gante Uno la cantidad de 12.660.726 pesetas en concepto de penalización por incumplimiento en el plazo de ejecución, e) se condene a los demandados en reconvencción al pago de las costas.

3.- La Procuradora D^a Pilar Simón Acosta, en nombre y representación de D. Bartolomé , D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)", contestó a la demanda reconvenccional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando lo pedido por los reconvenccional y desestimando la misma en todo caso absolviendo a su representada de las pretensiones aducidas en tal demanda , con imposición de costas a la actora-reconveniente.

4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cáceres, dictó sentencia con fecha 23 de junio de 1.997, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Pilar Simón Acosta, en nombre y representación de D. Bartolomé , D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)", contra Sociedad Cooperativa de Viviendas, Gante Uno , representada por el Procurador D. Juan Antonio Hernández Lavado, debo de absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones de la demanda y sin que proceda que por dicha demandada tenga que devolver a la parte actora la cantidad de 37.953.230 pesetas que tiene retenidas, hasta tanto la parte actora no repare las deficiencias del edificio que se especifican en el informe pericial emitido por el arquitecto D. Matías , y con expresa imposición de costas a la parte actora, y estimando la reconvencción efectuada por la demandada-reconveniente contra los actores-reconvenidos, declaro: que los actores-reconvenidos están obligados a pagar a la Cooperativa reconveniente la cantidad de 15.272.123 pesetas que resulta a su favor de la liquidación definitiva de las obras de construcción de 100 viviendas garajes y trasteros, a que se refiere la demanda reconvenccional, condenando a dichos reconvenidos a pagar a la Cooperativa reconveniente la expresada cantidad de 15.272.123 pesetas; igualmente declaro que el Estudio de Seguridad e Higiene que por importe de 18.686.146 pesetas satisfizo la cooperativa-reconveniente, corresponde pagarlo a los reconvenidos, a los que condeno a devolver a la reconveniente la expresa cantidad de 18.686.146 pesetas, condenando igualmente a los referidos reconvenidos a que devuelvan a la Cooperativa reconveniente, la cantidad de 26.972.537 pesetas a que se refiere la reconvencción así como a que paguen a dicho reconveniente la cantidad de 12.660.726 en concepto de penalización, a la que también e contrae la reconvencción, y todo ello con expresa imposición de costas a los expresados reconvenidos.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la demandante, la Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 1.997, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Desestimando el recurso de apelación formulado por D.



Bartolomé , D. Juan Miguel y "Gestión, Promoción y entidad Geiman, S.L., contra la sentencia de 23 de junio de 1997, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Cáceres, y confirmamos la misma, imponiendo a los recurrentes las costas de esta alzada.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Bartolomé , D. Juan Miguel y la entidad mercantil "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)", interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Por infracción del artículo 1692.4º de la Ley de Ritos Civiles por infracción del artículo 1593 del Código civil, en relación con el artículo 1255 de igual Ley sustantiva.. SEGUNDO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia concordante, al amparo del núm. 4º del artículo 1692.4º de la Ley de Ritos Civiles. TERCERO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia concordante, al amparo del núm. 4º del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1544, en relación "sensu contrario" con el art. 1599 y arts. 1091, 1255 y 1258 todos del Código civil e infracción de la jurisprudencia aplicable al caso para resolver la cuestión litigiosa. CUARTO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia concordante, al amparo del núm. 4º del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1544, en relación "sensu contrario" con el art. 1599 y arts. 1255 y 1281 y 1282 del Código civil e infracción de la jurisprudencia aplicable al caso para resolver la cuestión litigiosa. QUINTO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia concordante por infracción del art. 9º del Real Decreto 555/1986 de 21 de febrero en relación con los arts. 1255 y 1281 y 1281 del Código civil y doctrina de los actos propios e infracción de la jurisprudencia aplicable al caso para resolver la cuestión litigiosa. SEXTO.- Al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando esta parte error de derecho, por infracción de los arts. 1152 y 1154 del Código civil, en relación con el art. 1255 del Código civil y arts. 1281 y 1282 del Código civil e infracción de la jurisprudencia aplicable al caso para resolver la cuestión litigiosa. SEPTIMO.- Al amparo del nº 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia concordante. Por infracción de los arts. 1152 y 1154 del Código civil, en relación con el art. 24 de la Constitución (art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y art. 1255 del Código civil e infracción de la jurisprudencia aplicable al caso para resolver la cuestión litigiosa. OCTAVO.- Al amparo del nº 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia concordante. Por infracción de los arts. 523 y 710 de la Ley Procesal civil e infracción de la jurisprudencia aplicable al caso para resolver la cuestión litigiosa. NOVENO.- Al amparo del nº 3º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, denunciando inobservancia de lo dispuesto respecto de las costas en el art. 523 y 710 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Ramiro Reynolds de Miguel, en nombre y representación de "Gante Uno Sociedad Cooperativa de Viviendas", presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de noviembre del 2003, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se han planteado en este proceso y se plantean en la casación cuatro cuestiones, todas ellas derivadas del contrato de obra, relativa a una importante serie de edificaciones, contrato por ajuste o precio alzado, previsto en el artículo 1593 del Código civil siendo perfectamente determinada la obra y el precio, conforme al artículo 1544. Los demandantes en la instancia y parte recurrente en casación, eran los contratistas en dicho contrato y en la demanda reclaman: (primera cuestión) el precio de la obra no prevista en el contrato y (segunda cuestión) la devolución de la cantidad que la comitente había retenido al pagar cantidades periódicas a medida que la obra se iba ejecutando; la comitente, cooperativa dueña de la obra, demandada en la instancia y parte recurrida en casación, en su demanda reconvenzional reclama: (tercera cuestión) la devolución de una cantidad (15.272.123 pesetas) que resulta de la liquidación definitiva de la obra y la devolución de lo pagado por el Estudio de seguridad e higiene (18.686.146 pesetas) y una cantidad concreta (26.972.537 pesetas) y (cuarta cuestión) a satisfacer lo previsto en la cláusula penal por retraso en la entrega de la obra (12.660.726 pesetas).

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 2ª, de Cáceres, confirmando la de primera instancia, ha desestimado la demanda y ha estimando íntegramente la reconvencción. Contra ésta se ha interpuesto el presente recurso de casación.



SEGUNDO.- La primera de las cuestiones es objeto de los motivos primero y segundo del recurso de casación. Las sentencias de instancia han desestimado la reclamación del precio de una serie de unidades de obra no contempladas en el contrato que constituyen ampliación de la misma, por dos razones: porque no se ha cumplido lo previsto en el contrato de obra sobre este tipo de obras, que por ello no consta la autorización por la cooperativa dueña de la obra y porque ninguna de las unidades de obra reclamadas en la demanda tienen la consideración de obras distintas a las incluidas en el contrato de obra por ajuste o precio alzado, que por ello no pueden reclamarse además del precio pactado.

Ambos motivos de casación se fundan en el núm. 4º del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alegan infracción del artículo 1593 en relación con el 1255 del Código civil (el primero) e infracción del mismo artículo 1593 en relación con los artículos 1281 y 1282 del Código civil (el segundo). Ambos motivos se desestiman porque uno y otro se limitan a hacer una exposición de hechos distinta a la que hacen las sentencias de instancia, cayendo en el vicio de hacer supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación, es decir, partir de unos supuestos fácticos distintos, o más bien opuestos, a los que recoge la sentencia de instancia (sentencias entre otras muchas, de 31 de enero 2001, 9 de mayo de 2002, 21 de noviembre de 2002), olvidando que la casación tiene una función ajena a una tercera instancia (sentencias de 31 de mayo de 2000, 9 de febrero de 2001, 10 de abril de 2003).

TERCERO.- Los motivos tercero y cuarto se refieren a la segunda de las cuestiones, que es relativa a la devolución de las retenciones en el precio de la obra que ha hecho la cooperativa comitente, para garantizar la buena ejecución de la misma. Las sentencias de instancia han estimado este pedimento de los contratistas, con, asimismo, el que hace la cooperativa dueña de la obra: se devolverá cuando aquéllos reparen las deficiencias que se enumeran.

Ambos motivos se formulan al amparo del núm. 4º del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1544, en relación con el 1091, 1255 y 1258 del Código civil (el tercero) y de los mismos artículos salvo los últimos, que sustituye por los 1281 y 1282 (el cuarto). En uno y otro se hace una relación detallada del quantum retenido y de la procedencia de la devolución, pero parece ignorar el argumento de las sentencias de instancia que recoge la función de las retenciones y que aplica la cláusula 23ª del contrato de obra: éstas responden de la buena ejecución de la obra y, habiéndose acreditado deficiencias, no se infringe ninguno de los artículos citados al resolver la sentencia recurrida que se devuelva una vez reparadas las mismas. Por ello, se desestiman ambos motivos.

CUARTO.- La tercera cuestión es objeto del motivo quinto del recurso de casación que, al amparo del nº 4º del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 9 del Real Decreto 5555/1986, de 21 de febrero, en relación con una serie de artículos de carácter general (1255, 1281, 1282) del Código civil manteniendo que, según la citada norma administrativa, el abono del Estudio de seguridad e higiene le corresponde al dueño de la obra, es decir, la cooperativa. Y las sentencias de instancia han condenado a los contratistas (demandantes- demandados reconconvencionales) a devolver dicha cantidad a la cooperativa.

El motivo se desestima, en primer lugar, porque no puede fundar un recurso de casación ante la Sala de lo civil, la cita de normas administrativas (así, sentencias de 25 de abril de 2002, 27 de febrero de 2003, 18 de marzo de 2003, 14 de abril de 2003) y, en segundo lugar, porque las sentencias de instancia, correctamente, han entendido que en el contrato de obra se preveía explícitamente (cláusula 13ª) el abono del mismo por los contratistas; por lo cual, habiendo entregado la cantidad correspondiente a ello la cooperativa, tiene que ser devuelta a ella.

QUINTO.- La cuarta de las cuestiones, relativa a la aplicación de la cláusula penal por retraso en la entrega de la obra, es objeto de los motivos sexto y séptimo del recurso de casación. Fundados en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan error de derecho en la valoración de la prueba, sin alegar (como también ocurría en motivos anteriores, el segundo y el cuarto) norma alguna sobre valoración imperativa de prueba, sino los artículos 1152 y 1154 del Código civil en relación con los artículos 1255 y 1281 y 1282 (el motivo sexto) y aquellos mismos artículos en relación con el 24 de la Constitución Española (el séptimo). En ambos se mantiene que no hubo retraso culpable en la entrega de la obra, sino que se dieron causas de fuerza mayor y hubo modificación de unidades de obra y unidades nuevas.

Los motivos se rechazan, porque la fuerza mayor no consta como hecho acreditado y las unidades de obra variadas o nuevas consta que se hallaban incluidas en el contrato de obra. Por tanto, habiendo quedado probado -así se recoge en la sentencia de instancia- el retraso en la entrega, siendo hecho inamovible en casación, es correcta la aplicación de la cláusula penal, sin que aparezca infracción alguna de los artículos citados del Código civil ni, mucho menos, de la Constitución Española.



SEXTO.- Los dos últimos motivos del recurso de casación se refieren al tema de las costas. Ambos mantienen lo mismo, infracción de los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil por razón de la condena en las costas causadas en ambas instancias, el octavo amparado en el nº 4º y el noveno en el 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se rechazan ambos motivos porque se ha estimado íntegramente la reconvencción y se ha desestimado totalmente la demanda de los recurrentes, incluso en aquella parte relativa a la devolución de las retenciones en que la demandada alegaba una cantidad inferior a devolver, lo que correspondiera, cuando se hubiera realizado la reparación de los defectos y deficiencias.

Al desestimar éstos y los anteriores motivos, procede declarar no haber lugar al recurso de casación, con condena en las costas causadas a la parte recurrente y pérdida del depósito.

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Bartolomé , D. Juan Miguel y la entidad mercantil "Gestión, Promoción y Construcción inmobiliaria M. Cruz y A. Población, S.L. (GEIMAN, S.L.)", respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres en fecha 25 de noviembre de 1.997, que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a dicha parte recurrente al pago de las costas, así como a la pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-JOSE ALMAGRO NOSETE.-XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- FRANCISCO MARIN CASTAN.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.