



Roj: **STS 2347/2003 - ECLI:ES:TS:2003:2347**

Id Cendoj: **28079110012003101724**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2003**

Nº de Recurso: **2577/1997**

Nº de Resolución: **345/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril 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 Audiencia Provincial de Santander, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Torrelavega, cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero, en nombre y representación de D. Manuel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Francisco Javier Calvo Gómez, en nombre y representación de D. Manuel , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra MAGOCASA, S.L., D. Ismael , D. Everardo y D. Clemente y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se estime íntegramente esta demanda y en su virtud condene a los demandados solidariamente al pago de la cantidad de treinta y tres millones seiscientos veinticinco mil cuatrocientas ochenta y nueve pesetas (33.625.489 pts) las cuales deben entregarse al empresario individual Manuel así como los intereses legales que se han devengado, con expresa condena en costas de la parte demandada.

2.- No habiendo comparecido en autos el codemandado D. Clemente , por Providencia de fecha 28 de diciembre de 1993 se le declaró en rebeldía.

3.- El Procurador D. Fernando Candela Ruiz, en nombre y representación de MAGOCASA, S.L., D. Ismael y D. Everardo , contestó a la demanda y formuló reconvencción 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 desestime la demanda y estimándose la reconvencción se declare que D. Manuel adeuda a "MAGOCASA, S.A." la suma de 18.776.992 pesetas, como resultado de aplicar la cláusula penal prevista en el contrato, condenándole al pago de dicha cantidad, intereses legales y costas.

4.- El Procurador D. Francisco Javier Calvo Gómez, en nombre y representación de D. Manuel , 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 en todos sus términos esta reconvencción, acuerde la estimación íntegra de nuestro escrito de demanda y todo ello con expresa condena en costas.

5.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Iltr. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrelavega, dictó sentencia con fecha 22 de junio de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Francisco Javier Calvo Gómez, en nombre y representación de D. Manuel , contra la entidad mercantil MAGOCASA, S.L., D. Ismael y D. Everardo , representados por el Procurador D. Fernando Candela Ruiz y



D. Clemente , representado por la Procuradora D^a Manuela Revuelta Ceballos, debo condenar y condeno a MAGOCASA, S.L. a abonar al actor la suma de siete millones seiscientos cincuenta y seis mil setecientas trece pesetas (7.656.713 pesetas) sin hacer expresa condena en costas y que desestimando la reconvencción interpuesta de contrario debo absolver y absuelvo al actor de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Manuel y de la entidad mercantil MAGOCASA, S.L., la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander, dictó sentencia con fecha 15 de abril de 1.997, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal legal de D. Manuel y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de la entidad mercantil Magocasa, S.L. contra la sentencia dictada en autos de juicio de menor cuantía 272/93 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrelavega y con revocación parcial de la misma debemos condenar y condenamos a Magocasa, S.L. a que abone al actor la cantidad de 4.396.933 pesetas, más la que se acredite en ejecución de sentencia respecto a las mejoras fijadas en el fundamento de derecho cuarto, confirmando el resto de pronunciamientos. Sin hacer imposición de las costas procesales de ésta alzada.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Adela Cano Lantero, en nombre y representación de D. Manuel , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate. La sentencia recurrida, infringe, por inaplicación el artículo 1100 in fine del Código civil. SEGUNDO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate. Se considera como norma infringida el artículo 1124 del Código civil y la jurisprudencia del señalado artículo que reconoce la denominada "exceptio non rite adimpleti contractus". TERCERO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate. Las normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas son el artículo 1152 del Código civil por inaplicación y el artículo 1154 por aplicación indebida. CUARTO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate. QUINTO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción de ley existiendo vulneración de los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución Española y de los artículos 1218, 1225 y 1232 por inaplicación de los mismos. SEXTO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción de ley y de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate. Se consideran infringidos los artículos 11 de la L.S.R.L. de 17 de julio de 1953, que remite a los artículos 127.1 y 133.1 de la L.S.A.

2.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de marzo del 2003, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante en la instancia, el contratista empresario individual D. Manuel , se ejercitó una triple acción, derivada de la ejecución de la obra objeto del contrato de obra, de 25 de abril de 1991; de reclamación de cumplimiento de la obligación de pago del precio que restaba por satisfacer; de reclamación del pago de las mejoras y ampliaciones de la obra, no previstas en el contrato; de pago de los gastos bancarios por devolución de las letras de cambio que resultaron impagadas. La acción se ejercitó contra la entidad comitente MAGOCASA, S.L. y contra tres administradores de la misma. La reconvencción ejercitada por la parte demandada ha sido desestimada, aquietándose dicha parte, no siendo objeto de casación.

Las sentencias de instancia han estimado parcialmente las tres acciones ejercitadas. El recurso de casación lo ha interpuesto la parte demandante, en un doble sentido: primero, se le ha aplicado la cláusula penal moratoria, aunque moderada judicialmente, por lo que se opone a ello alegando que el comitente incumplió la obligación de pago del total del precio y a ello le dedica los motivos primero al cuarto; segundo: se ha desestimado la acción frente a los administradores de la sociedad anónima, por lo que insiste en su petición de condena y a ello dedica los motivos quinto y sexto; todos los motivos se fundamentan en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SEGUNDO.- De lo dicho se deriva que a la casación han llegado tan solo dos extremos jurídicos. El primero de ellos es la aplicación de la cláusula penal, aun moderada equitativamente, al contratista que entregó con retraso la obra. La cláusula dice así: "si no se diera término a las obras en el plazo establecido y las prórrogas,



en su caso, el contratista abonará a la propiedad una sanción de cien mil pesetas (100.000 pesetas) por día de demora".

Tal como lo califica la sentencia de la Audiencia Provincial se trata de una cláusula penal, con función liquidadora, pena sustitutiva de la posible indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1152 del Código civil a lo que hay que añadir que se trata de una típica cláusula penal moratoria, prevista específicamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación de ejecutar la obra en el plazo fijado.

Yendo al concepto mismo de la obligación con cláusula penal, es aquella obligación cuyo cumplimiento se garantiza con la misma y cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional. Por tanto, es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento al deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la que es deudor; y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado -obligación recíproca- y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la exceptio non adimpleti contractus, que se desprende de los artículos 1124, 1308 y especialmente del 1100 último párrafo, del Código civil que establece la compensación en caso de mora.

TERCERO.- Este es el caso presente. Las sentencias de instancia han apreciado el incumplimiento de la obligación (bilateral) de pago por parte del comitente, la sociedad demandada MAGOCASA, S.L. y le han condenado al pago. Al tiempo, han aplicado al contratista, el demandante D. Manuel , la cláusula penal por su incumplimiento de la obligación (bilateral) de ejecutar la obra en el plazo previsto. Con ello, han quebrantado el sinalagma propio de estas obligaciones bilaterales, al ignorar que no puede exigirse a una parte - el contratista- el cumplimiento (y por ende, si incumple imponerle la pena convencional), si la otra parte, -el comitente- no ha hecho cumplimiento de su respectiva obligación bilateral.

A esta cuestión le dedica, como se ha apuntado, la parte demandante, en su recurso de casación, los cuatro primeros motivos. Han de estimarse: la sentencia de instancia ha infringido los artículos 1100 del Código civil (motivo primero) y 1124 (motivo segundo) en relación con la exceptio non adimpleti contractus al no haberla tenido en cuenta, los artículos 1152 y 1154 del mismo código (motivo tercero) al aplicarlos incorrectamente y la jurisprudencia sobre este tema (motivo cuarto).

Por lo cual, asumiendo la instancia (artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la Sala resuelve lo procedente, en los términos en que se ha planteado esta cuestión concreta, por lo que deberá eliminarse de la condena, el descuento que se hace por razón de la aplicación de la cláusula penal.

CUARTO.- El segundo extremo jurídico que se plantea en casación es la responsabilidad de los administradores de la Sociedad de responsabilidad limitada codemandada, que ha sido rechazada en la sentencia de instancia. En ésta se califica la acción y expone los requisitos: uno subjetivo consistente en una acción u omisión del administrador contrario a la ley o a los estatutos o realizado sin diligencia de un comerciante o de representante legal; otro objetivo consistente en el daño del accionante que si es un acreedor debe consistir según el artículo 135 en una lesión directa a sus intereses entendido como una disminución patrimonial; y un tercero, causal consistente en la relación de causa y efecto entre el hecho y la omisión que se imputa al administrador y la lesión patrimonial; Y, como cuestión de hecho declara expresamente que no se ha probado y no existe prueba alguna de que la deuda a la que ha sido condenada la sociedad demandada se debe a una acción u omisión negligente de los administradores. Y, tal como dice la sentencia de esta Sala, que recoge numerosa jurisprudencia anterior, de 20 de diciembre de 2000: "para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad que constituye el objeto del proceso es preciso que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo (que tiene su patrón objetivo en la diligencia de un ordenado empresario), y que el patrimonio social haya sufrido un daño (art. 133.1 y 127 LSA). La doctrina jurisprudencial, tanto bajo el régimen de la LSA de 1.951, como en el vigente TR de 1.989, viene exigiendo la prueba de que dicho daño es una consecuencia de la actuación objeto de reproche (Sentencias, entre otras, 12 abril 1.989, 11 octubre 1.991, 16 junio 1.992, 25 mayo 1.993, 26 julio 1.994, 21 noviembre 1.997, 29 abril 1.999), de tal manera que si no se acredita dicho nexo causal debe desestimarse la demanda (entre las más recientes, SS. 16 de febrero y 6 de octubre de 2.000). Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso".

En consecuencia, no cabe la estimación de los motivos quinto y sexto del recurso de casación. No se ha producido error de derecho en la apreciación de la prueba, ni por tanto, vulneración de los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución Española, ni de los artículos 1218, 1225 y 1232 del Código civil (motivo quinto),



ya que en el desarrollo del motivo no se hace otra cosa que revisar la apreciación de la prueba, lo que no corresponde a la función de la casación, que no es una tercera instancia (sentencias de 31 de mayo de 2000 y 9 de febrero de 2001) sino que su objeto es verificar si a los hechos declarados probados se les dio la solución jurídica adecuada (sentencia de 12 de diciembre de 2001). Tampoco se ha producido infracción de los artículos 11 de la L.S.R.L., de 17 de julio de 1953, en su redacción dada por la Ley de 25 de julio de 1989, que remite a los artículos 127.1 y 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de responsabilidad de los administradores (motivo sexto) ya que la sentencia de instancia declara explícitamente que no se han probado los supuestos de hecho necesarios para apreciar la responsabilidad que contemplan los artículos citados. En el desarrollo del motivo, no se hace otra cosa que supuesto de la cuestión, es decir, partir de datos de hecho que no son los que ha declarado probados la sentencia de instancia, lo cual está proscrito en casación (sentencias de 17 de mayo de 2000, 3 de mayo de 2001, 13 de septiembre de 2002).

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION formulado por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero, en nombre y representación de D. Manuel , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander, en fecha 15 de abril de 1.997, que CASAMOS y ANULAMOS en el único sentido de que en la cantidad a que se condena a la codemandada "MAGOCASA, S.L." no se le debe rebajar la cifra que se calcula como cláusula penal cuya aplicación queda eliminada.

Se mantienen las declaraciones sobre costas hechas en la instancia. No se hace condena en costas en las causadas en este recurso de casación.

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 .- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- FRANCISCO MARIN CASTAN.- JOSE DE ASIS GARROTE.- 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.