

Roj: **STS 2225/2002 - ECLI:ES:TS:2002:2225**Id Cendoj: **28079110012002101910**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/03/2002**Nº de Recurso: **3261/1996**Nº de Resolución: **265/**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo integrada por los Magistrados arriba indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación, en fecha 11 de junio de 1996, en el rollo número 1024/94, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad seguidos con el número 129/92 ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca; recurso que fue interpuesto por don Domingo , representado por el Procurador don Pedro Antonio González Sánchez, en él que también fue parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- El Procurador don Miguel Amengual Sanso, en nombre y representación de la entidad mercantil "PROMOTORA ARAGÓ BALEAR, S.A.", promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, turnado al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca, contra don Domingo , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "Dicte sentencia por la que se declare que don Domingo adeuda a mi principal la suma de ocho millones setenta y cinco mil setecientos setenta pesetas (8.075.760 ptas) por la ejecución de las obras, con suministro de materiales, de una vivienda unifamiliar aislada en el solar NUM000 de la urbanización " DIRECCION000 ", del término municipal de Lluchmayor, más los intereses legales correspondientes desde la interposición de la presente demanda, más el I.V.A. aplicable a dicha cantidad, con expresa imposición de costas al demandado".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la Procuradora doña María Clara Siguier Astray, en su representación, la contestó, oponiéndose a la misma y, suplicando al Juzgado: "Dicte sentencia por la que se desestime la demanda originadora de las presentes actuaciones con expresa imposición de las costas al actor, todo ello sin perjuicio de la reconvenición que a continuación se formaliza", y, formuló a su vez demanda reconvenicional, en la que, tras alegar hechos y fundamentos de derecho, suplicó al Juzgado: "Dicte sentencia por la que estimando íntegramente la demanda reconvenicional sustanciada condene a la contraparte a abonar a mi principal la suma de siete millones doscientas cincuenta mil pesetas (7.250.000 ptas), producto de la aplicación de las 50.000 ptas/día que por cláusula penal se pactaron en el contrato de referencia o, en su caso, a la suma que por aplicación de la indicada cláusula se acredite cada día que sobrepase del término de entrega de las obras de forma injustificada".

3º.- Evacuando el traslado conferido, el Procurador don Miguel Amengual Sanso, en la representación acreditada, contestó a la demanda reconvenicional, suplicando al Juzgado: "Dicte sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4º.- El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca dictó sentencia, en fecha 1 de diciembre de 1993, cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que estimando la demanda promovida por la



legal representación de "PROMOTORA ARAGÓ BALEAR, S.A.", debo declarar y declaro que don Domingo , adeuda a la entidad actora la suma de 8.075.760 pesetas (ocho millones setenta y cinco mil setecientas sesenta pesetas) por la ejecución de las obras con suministro de materiales de una vivienda unifamiliar aislada en el solar NUM000 de la DIRECCION000 " del término municipal de Lluçmajor, más los intereses legales correspondientes desde la interposición de la presente demanda, más el IVA aplicable a dicha cantidad, con expresa imposición de costas al demandado, y debo desestimar como desestimo la demanda reconvenicional formulada por la legal representación de don Domingo contra "PROMOTORA ARAGÓ BALEAR, S.A.", absolviendo de sus pedimentos a la reconvenida, con expresa imposición de costas a la reconviniente don Domingo ".

5º.- Apelada la sentencia de primera instancia por la representación procesal de la demanda, y, sustanciada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia, en fecha 11 de junio de 1996, cuyo fallo se transcribe textualmente: "Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Siquier Astray en representación de don Domingo contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 1993, dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta ciudad, que se confirma íntegramente".

SEGUNDO.- El Procurador don Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de don Domingo , interpuso, en fecha 14 de noviembre de 1996, recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, por el siguiente motivo: Único.- Al amparo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del artículo 1152 del Código Civil en relación con el artículo 1255 del mismo Código, y, suplicó a la Sala: "Tenga por formalizado en tiempo y forma el recurso de casación al que este escrito se refiere procediendo a anular y casar parcialmente la sentencia recurrida, dictando en su lugar, otra estimatoria de la demanda reconvenicional interpuesta por el recurrente".

TERCERO.- La Sala acordó resolver el presente recurso, previa votación y fallo, señalando para llevarla a efecto el día 8 de marzo de 2002, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ROMÁN GARCÍA VARELA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad "PROMOTORA ARAGÓ BALEAR, S.A." demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Domingo , e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, a lo que el sujeto pasivo se opuso y, además, reconvino con la solicitud de la condena a la actora al pago de la suma de 7.250.000 pesetas, por efecto de la cláusula penal estipulada para caso de retraso en la ejecución de la obra por causas imputables a la constructora, a razón de 50.000 pesetas diarias a partir de los quince días siguientes a la finalización del contrato.

La cuestión litigiosa, que se centraba en la determinación de las diferencias existentes entre las partes sobre los resultados económicos de la ejecución de un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada, queda circunscrita en esta sede a la temática relativa a la reconvenición.

El Juzgado acogió la demanda y rechazó la reconvenición, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

Don Domingo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso -sin cita del apartado del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde se ubica su cobertura, lo que, en cambio, se hacía en el escrito de preparación con mención del artículo 1692.4, pero respecto a preceptos ahora no mencionados como vulnerados, para censurar aquí la inaplicación del artículo 1152 del Código Civil, en relación con el artículo 1255 del mismo texto legal- está desprovisto de técnica casacional, por cuanto que, aparte de la falta de la indicada determinación de su cobertura, tras dedicar la primera parte del cuerpo del motivo a la relevancia de las obligaciones con cláusula penal y a la exposición de cuestiones fácticas, hace referencia en la segunda a que la no terminación de las obras en la forma y el modo pactado en el contrato de ejecución, sin la existencia de causa justificativa de la demora, convierte en aplicables las previsiones contenidas en la cláusula penal, pero reprocha el contenido de lo argumentado por la sentencia del Juzgado sobre la reconvenición, con olvido de que la impugnación casacional debe dirigirse contra la resolución que resuelve la apelación y no contra la de primera instancia, y también plantea que no tiene significancia alguna para justificar el retraso la efectiva concesión de la licencia, sin embargo la sentencia impugnada no justifica el rechazo de la reconvenición en dicha circunstancia, sino principalmente en el número y en la entidad de las modificaciones introducidas en la obra.



En efecto, la sentencia de la Audiencia expone literalmente que "por mucho que la demandante reconviniente pretenda minimizar el número y la entidad de las modificaciones introducidas, esta Sala no lo considera así a la vista de las pruebas practicadas. Destacar que es el propio Arquitecto del edificio quién manifiesta que, al menos, se introdujeron tres modificaciones: cambio de cuatro a tres dormitorios, con lo que ello supone de alteración de los huecos y las instalaciones (no es adecuado afirmar que produce una disminución de obra); instalación de la calefacción de propano y colocación de un sistema de alarma. Pero es que, además, la perito judicial al ser interrogada al respecto confirmó que las obras realizadas que no se ajustan al proyecto inicial son las especificadas en los cuarenta y cinco precios contradictorios que se acompañaron a la demanda y basta profano repaso a dicha documental para apercibirse de la profundidad de las variaciones. Por último, las comunicaciones internas, también abundantes, entre la dirección facultativa y la empresa constructora, a propósito de modificaciones, pormenores de ejecución, necesidad de consensuar sistemas y precios, etc., son demostrativos de cuanto se viene afirmando e inciden en la misma dirección indicada. Es por todo ello que se considera que los retrasos no son directamente imputables al constructor y que carece de importancia decisoria que cuando, por fin, se obtuvo el Libro de Ordenes, la dirección facultativa apremiara a la rápida y urgente finalización de las obras, especialmente si se tiene en cuenta que poco después ocurrió la resolución contractual a instancias de la propiedad".

En definitiva, la repulsa de la reconvencción proviene de la apreciación probatoria realizada en la instancia, la cual no es objeto de revisión casacional, salvo por circunstancias extraordinarias, de no concurrencia en este caso.

Por lo explicado, el motivo perece

TERCERO.- La desestimación del recurso produce las preceptivas secuelas determinadas en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las costas y a la pérdida del depósito constituido.

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 casación interpuesto por don Domingo contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en fecha de once de junio de mil novecientos noventa y seis. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . TEÓFILO ORTEGA TORRES; ROMÁN GARCÍA VARELA; JESUS CORBAL FERNÁNDEZ. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Román García Varela, 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.