



Roj: **STS 2610/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2610**

Id Cendoj: **28079110012016100369**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2016**

Nº de Recurso: **851/2014**

Nº de Resolución: **372/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 115/2014,**
STS 2610/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 3 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 24 de enero de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 585/2013, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, dimanante de autos de juicio Ordinario núm. 877/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Granada; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la Entidad Pfizer S.A., representado por la procuradora Dña. Amparo Pilar Mantilla Galdón, bajo la dirección letrada de Dña. Montserrat López Bellosta y de D. Juan A. Cuerva de Cañas, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Dolores Girón Arjonilla en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad UTE Genyo Granada (constituida por las entidades Hainsa Hispano Andaluza de Proyectos y Obras S.A. y Juan Bueno y Compañía S.A.), representada por el procurador D. Felipe Juanas Blanco bajo la dirección letrada de D. Francisco J. Monedero Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La procuradora Dña. Rocío García-Valdecasas Luque, en nombre y representación de la UTE Genyo Granada, Hainsa Hispano Andaluza de Proyectos y Obras S.A. y Juan Bueno y Compañía S.A., constituidas en Unión Temporal de Empresas, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Pfizer S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando la demanda, declare el reconocimiento de una deuda Pfizer S.A. por importe de trescientos cuarenta y dos mil cuatrocientos noventa y cuatro euros y treinta y seis céntimos (342.494,36.-?) más sesenta y un mil seiscientos cuarenta y ocho euros y noventa y ocho céntimos (61.648,98.-?) en concepto de IVA, lo que hacen un total de cuatrocientos cuatro mil ciento cuarenta y tres euros y treinta y cuatro céntimos (404.143,34.-?), y, en su consecuencia condene a Pfizer, S.A., al pago de dicha cantidad incrementada por los intereses pactados.».

2.- La procuradora Dña. Amparo Pilar Mantilla Galdón, en nombre y representación de la entidad mercantil Pfizer S.L. (antes Pfizer S.A.), 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 desestime íntegramente la demanda interpuesta por Hainsa Hispano Andaluza de Proyectos y Obras S.A. y Juan Bueno y Compañía S.A. contra Pfizer S.L., con imposición a las actoras de las costas causadas.».



3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada se dictó sentencia, con fecha 28 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que, desestimando la demanda presentada por Dña. Rocío García Valdecasas Luque, en nombre y representación de la UTE formada por Hainsa Hispano Andaluza de Proyectos y Obras S.A. y Juan Bueno y Compañía S.A. contra Pfizer S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en ella. Con imposición de costas a la parte actora.».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 24 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimamos el recurso de apelación y revocando la sentencia dictada el 28 de junio de 2013 en el juicio ordinario núm. 877/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Granada , estimamos la demanda presentada por UTE Genyo Granada, Hainsa Hispano Andaluza de Proyectos y Obras S.A. y Juan Bueno y Compañía S.A., y condenamos a Pfizer S.A., a pagar la cantidad de trescientos cuarenta y dos mil cuatrocientos noventa y cuatro euros con treinta y seis céntimos (342.494,36.-?), más sesenta y un mil seiscientos cuarenta y ocho euros con noventa y ocho céntimos (61.648,98 euros) en concepto de IVA, intereses sobre el importe de la obligación pecuniaria principal, excluido el IVA, utilizando como tipo el aplicado por el Banco central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural a la fecha del devengo, más 0,8 puntos, que será a partir del día 15 de junio de 2012 y hasta el pago de la deuda y al pago de las costas ocasionadas en primera instancia, sin hacer condena por las de este recurso y con devolución del depósito constituido.».

TERCERO.- 1.- Por Pfizer S.A. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 218 de la LEC . La sentencia recurrida ha cambiado los términos objetivos del proceso, *causa petendi*, resolviendo en base a unos hechos que nunca han sido alegados por las partes. Incongruencia de la sentencia recurrida.

Motivo segundo.- Infracción de los arts. 376 y 326 (en relación con el art. 319), en relación con los arts. 216 y 218 de la LEC y el art. 24 de la Constitución , en la medida en que realiza una valoración de la prueba absurda, ilógica y arbitraria.

Motivo tercero.- Infracción de los arts. 376 y 326 (en relación con el 319), en relación con los arts. 216 y 218 de la LEC y el art. 24.1 de la Constitución , en la medida en que omite la valoración de pruebas decisivas para la resolución del pleito.

Motivo cuarto.- La estimación de los motivos segundo y/o tercero anteriores permite a la Sala valorar la prueba practicada en instancia.

Motivo quinto.- Infracción de las normas de la carga de la prueba establecida en el art. 217 de la LEC por haber estimado las pretensiones de la UTE Hainsa-Jubuconsa, no habiendo resultado, acreditados los hechos en los que basó sus pretensiones en primera instancia.

Y recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 1281 párrafo primero del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a las obligaciones que comporta para el constructor un contrato de ejecución de obra llave en mano.

Motivo segundo.- y subsidiario en caso de que se considere sinónimos los conceptos llave en mano y precio cerrado, infracción del art. 1593 del Código Civil en relación con el art. 1258 del mismo cuerpo legal .

Motivo tercero.- Infracción del art. 1258 del Código Civil en relación con el art. 1544 del mismo y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha interpretado dichos preceptos.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 28 de enero de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- La procuradora Dña. Dolores Girón Arjonilla en nombre de Pfizer S.L. presentó escrito con documentación amparándose en el art. 271.2 de la LEC , constando alegaciones a dicho escrito del procurador D. Felipe Juanas Blanco en nombre de la UTE Genyo Granada.



3.- Evacuado el traslado conferido en el auto de admisión, el procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de la UTE Genyo Granada (constituida por Hainsa Hispano Andaluza de Proyectos y Obras S.A. y Juan Bueno y Compañía S.A.), presentó escrito de oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación admitidos.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Los presentes recursos traen causa de la acción ejercitada derivada de la liquidación del contrato de ejecución de obra mediante llave en mano de un edificio destinado a laboratorio de investigación en el Campus de la Salud de Granada, ejercitada por la contratista (UTE Genyo) frente a la entidad promotora o propietaria (Pfizer).

En el escrito de demanda la empresa constructora reclamaba a la promotora el pago de 342.494,36.- euros más IVA, derivadas de dos grupos de obras no abonadas: primero, unas partidas que surgieron durante la ejecución de la obra y que la empresa constructora no liquidó antes del cierre final del presupuesto final presentado por la promotora; y una segunda partida, referida a cantidades concernientes a las obras necesarias que fueron exigidas por la gerencia municipal de urbanismo para conceder la licencia de primera ocupación al edificio.

Sentencia de primera instancia:

El juzgador de primera instancia desestimó la demanda ejercitada, por considerar que al hallarnos ante un contrato llave en mano, cualquier alteración del proyecto debía ser autorizado y consentido por Pfizer, S.A, y al no haberse acreditado que la promotora efectivamente autorizó estas modificaciones del proyecto, no puede prosperar su reclamación al amparo del art. 217 LEC . Igualmente declaró que todas las modificaciones aceptadas por la promotora fueron concretadas en el *adendum al contrato*.

Sentencia de segunda instancia:

Interpuesto recurso de apelación por la entidad contratista, la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), estimó el recurso formulado, con estimación de la demanda formulada.

Sostiene la *Sala a quo* que, aunque partimos de un contrato llave en mano, a lo largo de toda su redacción de forma expresa se pactó la posibilidad de que este precio inicial se viera alterado por cambios y modificaciones en el proyecto inicial, que debían de ser aceptados y aprobados por la entidad promotora, como así aconteció en la práctica al existir numerosas modificaciones del proyecto inicial que fueron motivadas por distintas causas, previéndose una cláusula 13 que se denominaba «modificación del contrato de obra», modificaciones de obra, que considera la Sala de apelación que fueron autorizadas verbalmente por la promotora y que no estaban contempladas en el proyecto por lo que, en consecuencia, el importe de dichas obras debe ser abonada por la promotora. Declara la sentencia que los pactos alcanzados oralmente, fueron reconocidos en el *adendum* . Igualmente refiere la sentencia que las obras impuestas por el Ayuntamiento de Granada, fueron aceptadas por la promotora y que no estaban recogidas en el proyecto.

Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, cuestión jurídica suscitada:

Frente a la citada sentencia la entidad promotora formula recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, si bien centrando la cuestión objeto de controversia al grupo de obras que por importe de 24.434,80.- euros, que fueron exigidas por la gerencia municipal de urbanismo para conceder la licencia de primera ocupación:

I. El recurso extraordinario por infracción se articula en motivos: por infracción del art. 218 LEC , por incongruencia, por considerar que la resolución impugnada habría resuelto en base a unos hechos -la autorización expresa por la promotora- que nunca habrían sido alegados por las partes, y no integraron su *causa petendi* ; el segundo, por infracción de los arts. 376 y 326, en relación con los arts. 319 , 216 y 218 LEC y 24 CE , en cuanto a la valoración de la prueba testifical del Sr. Gumersindo que se considera arbitraria, ilógica y absurda; el tercero, por infracción de los arts. 376 y 326 LEC , en relación con los arts. 319 , 216 y 218 LEC y 24 CE , en la medida que se ha habrían omitido la valoración de pruebas decisivas para la resolución del pleito consistentes en pruebas testificales y documentales; el cuarto, por considerar que la estimación de los motivos segundo y/o tercero anteriores permite a la Sala valorar la prueba practicada en instancia, para considerar que la promotora ni conocía, ni autorizó las obras cuyo pago se reclama, ya que sólo tuvo conocimiento de las mismas una vez que el edificio esta finalizado; y el quinto, por infracción de las normas sobre carga de la



prueba establecidas en el art. 217 LEC , por haber estimado las pretensiones de la contratista, no habiendo resultado acreditados los hechos en los que basó su pretensión en primera instancia.

II. El recurso de casación se funda en tres motivos: el primero, por infracción del art. 1281.1 CC y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a las obligaciones que comporta para el constructor un contrato de ejecución de obra llave en mano, por lo que no puede responsabilizarse a la promotora recurrente sino a la contratista del coste de las obras necesarias para la obtención de la licencia de primera ocupación que, o bien fueron consecuencia de la mala praxis de la constructora o porque el edificio construido no cumplía con las ordenanzas municipales y con la normativa vigente en materia de incendios; el segundo, subsidiario del anterior, en el caso, incluso remoto, de que se considerara que los conceptos llave en mano y precio cerrado son sinónimos, con infracción del art. 1593 CC en relación con el art. 1258 CC , que las obras ejecutadas para la licencia de primera ocupación no suponían un cambio en el plano que implicara un aumento de la obra, pues al tratarse de un contrato de obra de llave en mano a precio cerrado, debía de incluirse dentro del precio de la contraprestación que la obra estuviera completada conforme la normativa vigente; y el tercero, por infracción del art. 1258 CC en relación con el art. 1544 CC y la doctrina del Tribunal Supremo, por considerar que las obras ejecutadas para obtener la licencia de primera ocupación, se trataron de unas obras que fue necesario realizar para que el edificio fuese correcto y adecuado para su fin, y sin dicha licencia no era posible utilizar el edificio, ni siquiera ocuparlo por su personal.

Los tres motivos de recurso giran en torno al concreto concepto controvertido de la liquidación de la obra, correspondiente a los gastos que fueron exigidos por la gerencia municipal de urbanismo para conceder la licencia de primera ocupación y plantean la cuestión controvertida de su imputabilidad a la promotora y no a la contratista de estos precisos costes, pese a tratarse de una obra con precio cerrado, tal y como se sostiene en la resolución impugnada.

Para acreditar el interés casacional por oposición de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el recurrente hace un prolijo análisis, entre otros, de la jurisprudencia de la Sala sobre la interpretación de los contratos en relación a los contratos de ejecución de obra denominados como de llave en mano, entre ellas, pueden destacarse las siguientes SSTs:

« ...la entrega de la obra será..."llave en mano" correspondiendo ... la realización de todas las obras de terminación de las edificaciones, aún no presupuestadas, para que proceda la recepción definitiva, con todos sus pormenores, hasta los más mínimos para que pueda entenderse como tal, con todos sus servicios y acabados» (STS de 3 de noviembre de 2006).

«la característica de este contrato es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos que adolezcan o disminuyan el valor o utilidad previstos en el contrato» (STS de 20 de noviembre de 2001).

«Este precio se considera llave en mano, entregándose el edificio en perfectas condiciones y con todos sus permisos, proyectos complementarios, componentes e instalaciones exigibles, según normativa, y necesarios para un perfecto inmediato funcionamiento del edificio destinado al fin previsto, aún cuando no se hubieran reflejado explícitamente en los documentos del proyecto, pero fueran deducibles de ellos» (STS de 27 de febrero de 2004).

Plantea, asimismo, el recurrente que la necesidad de la realización de las obras para la obtención de la licencia de primera ocupación implicaba que el estado del edificio, antes de la práctica de esas obras necesarias, pudiera ser correcto, conforme a normativa, y adecuado para su fin, pues sin dicha licencia no era posible utilizar el edificio, ni siquiera ocuparlo por su personal.

SEGUNDO .- Causas de inadmisibilidad.

Se pretende la inadmisibilidad de ambos recursos al estar interpuestos fuera de plazo.

Esta Sala de forma reiterada viene declarando que el cómputo para la interposición de los recursos extraordinarios por infracción procesal y/o de casación, se efectúa desde que se notifica el auto de aclaración, no aportando el recurrente argumentos convincentes para alterar la doctrina jurisprudencial, dado que mientras se resuelve a favor o en contra la aclaración no se conocen la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, máxime cuando es una exigencia procesal para poder plantear el recurso extraordinario por infracción procesal, dado que previamente se han de haber denunciado los defectos procesales (art. 469.2 LEC).

Recurso Extraordinario por infracción procesal.



TERCERO.- Motivo primero. Infracción del art. 218 de la LEC . La sentencia recurrida ha cambiado los términos objetivos del proceso, *causa petendi*, resolviendo en base a unos hechos que nunca han sido alegados por las partes. Incongruencia de la sentencia recurrida.

Se desestima el motivo.

La parte recurrente alegó que la sentencia recurrida había resuelto en base a hechos no alegados por las partes. Que en la sentencia recurrida sin que se alegue, se resolvió que las obras habían sido ordenadas por la dirección facultativa y autorizadas por Pfizer. Entiende la recurrente que lo planteado en la instancia fue que las obras habían sido ejecutadas por orden de Fundación Progreso y Salud, a la que iba destinado el edificio, cuya función iba a ser la de centro de genómica e investigación oncológica.

Esta Sala debe rechazar el motivo de recurso, pues en la demanda se hacía referencia expresa a las autorizaciones de obra efectuadas no solo por la Fundación sino también por Pfizer y ello se menciona en la demanda de forma reiterada, junto con la intervención destacada de la dirección facultativa, en cuyo informe especial de 29 de junio de 2011 se sustenta principalmente la demanda, por lo que procede declarar que en la sentencia recurrida se respeta escrupulosamente la congruencia debida con las peticiones de las partes. (art. 218 LEC).

Como declara la sentencia de 18 de junio de 2012, rec. 169 de 2009 :

«Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio *irua novit curia* no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01, rec. 669/96), consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 de la Constitución), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda (SSTS 23-12-04, rec. 3393/98 , y 5-3-07, rec. 1412/00)».

En base a la doctrina hemos de declarar que no se cambiaron las planteamiento de la demanda, por lo que no se incurre tampoco en incongruencia ni en indefensión, pues los términos del debate eran claros y los conoció el demandante, siendo él quien pretende alterarlos en su propio beneficio.

CUARTO.- Motivo segundo. Infracción de los arts. 376 y 326 (en relación con el art. 319), en relación con los arts. 216 y 218 de la LEC y el art. 24 de la Constitución , en la medida en que realiza una valoración de la prueba absurda, ilógica y arbitraria.

Se desestima el motivo.

A lo largo de 33 folios la parte recurrente analiza lo que considera un error notorio en la valoración de la prueba, transcribiendo los interrogatorios efectuados en el juicio y analizando la documental aportada.

Frente a ello debemos declarar, una vez más, que no estamos ante una tercera instancia en la que la parte pueda ofrecer una nueva versión de lo acaecido en la prueba, sino exclusivamente intentar demostrar que el tribunal de apelación ha incurrido en un error flagrante y grosero en la valoración de la prueba.

En cuanto a la valoración de la prueba , la jurisprudencia de esta Sala ha sido muy reiterada, en sentencias de 4 de febrero de 2011 , 9 de mayo de 2011 , 2 de junio de 2011 , 1 de julio de 2011 en este sentido:

«Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC . Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008 ; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009 ; 26 de febrero de 2011 , entre otras).».



Analizada por esta Sala la sentencia recurrida podemos apreciar que se funda en la documental aportada y en la testifical del Arquitecto Don. Gumersindo (director de la obra) interlocutor privilegiado entre contratista y promotora, que fue testigo de excepción en la dinámica contractual y cuyas manifestaciones fueron de esencial importancia dado que era el autor del proyecto básico y de ejecución y respondía ante la promotora que pagaba sus honorarios.

Por otro lado, es lógico valorar que si Pfizer aceptó las obras ordenadas por el Ayuntamiento, se estaba comprometiendo a su pago y ello en base a la carta remitida, a la contestación a la demanda y a que eran obras no recogidas en el proyecto.

Por ello no procede apreciar error notorio en la apreciación de la prueba.

QUINTO .- Motivo tercero. Infracción de los arts. 376 y 326 (en relación con el 319), en relación con los arts. 216 y 218 de la LEC y el art. 24.1 de la Constitución , en la medida en que omite la valoración de pruebas decisivas para la resolución del pleito.

Se desestima el motivo.

En este motivo la recurrente alega que no se han valorado las pruebas que ella considera importantes y esenciales, y ello a lo largo de 13 folios, transcribiendo actas de juicio y refiriendo documentales.

Nuevamente esta Sala debe rechazar las alegaciones pues se pretende una nueva valoración de la prueba, cuando las efectuadas se acogen a los parámetros de racionalidad, congruencia y concreción, dado que la mera discrepancia en la valoración de la prueba no permite recurrir por infracción procesal (art. 24 de la Constitución).

SEXTO .- Motivo cuarto. La estimación de los motivos segundo y/o tercero anteriores permite a la Sala valorar la prueba practicada en instancia.

Se desestima el motivo.

La recurrente efectúa en 35 folios un análisis del contrato de obra, interpretando su clausulado, en labor que no es propia de este recurso, sino del de casación, dado que en este es en el que se analizan las infracciones sustantivas.

Esta Sala ha declarado entre otras, en sentencia de 31 de diciembre de 2010, rec. 1886 de 2006 :

«La infracción de norma sustantiva y la alegación de criterios jurisprudenciales relativos a la aplicación de norma sustantiva es una materia ajena al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y tiene su marco de alegación en el recurso casación, cuyo objeto es la estricta función revisora del juicio jurídico. (SSTS 29 de octubre de 2008, RC n.º 3001 / 2001 , 11 de septiembre de 2009, RC n.º 1997 / 2002 , 13 de octubre de 2009, RC n.º 171 / 2006 , 18 de marzo de 2010, RC n.º 1816/2008)».

Igualmente procede la recurrente nuevamente a evaluar las pruebas practicadas, intentando introducir una valoración parcial de la prueba, por lo que debe rechazarse, pues el tribunal de apelación basó sus conclusiones, entre otras, en la testifical Don. Gumersindo , que confirmó la aquiescencia de Pfizer con las obras efectuadas y cuyo importe ahora se reclama.

SÉPTIMO .- Motivo quinto. Infracción de las normas de la carga de la prueba establecida en el art. 217 de la LEC por haber estimado las pretensiones de la UTE Hainsa-Jubuconsa, no habiendo resultado, acreditados los hechos en los que basó sus pretensiones en primera instancia.

Se desestima el motivo.

Plantea la recurrente que la demanda no ha probado (como le correspondía) que la Fundación había ordenado las obras con autorización de Pfizer.

Insiste la recurrente en que ese era el planteamiento que tuvo la demandante en su inicio, aún cuando luego cambiase su estrategia.

Esta Sala ya ha contestado al responder al primer motivo de infracción procesal, que no se ha producido *mutatio libelli* (cambio de la demanda), por lo que ninguna violación de la carga de la prueba se produce, dado que lo declarado probado es que Pfizer autorizó las obras cuyo importe ahora se reclama, por lo que no se produce infracción de la carga de la prueba (art. 217 LEC).

Recurso de casación.

OCTAVO .- Motivo primero. Infracción del art. 1281 párrafo primero del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a las obligaciones que comporta para el constructor un contrato de ejecución de obra llave en mano.



Se alega por la recurrente que todos los motivos de casación se ciñen a las obras exigidas por la Gerencia Municipal de Urbanismo, para poder obtener la licencia de primera ocupación.

La recurrente reconoce que en un contrato llave en mano y a precio cerrado, como el analizado (folio 146 del recurso), se pueden pactar en el propio contrario la forma de hacer frente a las modificaciones, lo que no lo desnaturaliza.

Añade que la cláusula 11.1 del pliego de condiciones particulares incluía en el precio todos los acabados que exigiese la normativa sectorial.

La referida cláusula 11.1 establece:

«11.1 PRECIOS.

En los precios unitarios descompuestos del proyecto prevalecerá la definición y descripción de la unidad de obra, mediante su epígrafe correspondiente y su importe final expresado en letras.

Todos los trabajos, medios auxiliares y materiales que sean necesarios para la correcta ejecución y acabado de cualquier unidad de obra, conforme a la normativa sectorial que le sea de aplicación y a la práctica de la buena construcción, se considerarán incluidos en el precio de la misma, aunque no figuren todos ellos especificados en descripción efectuada en su epígrafe o en la descomposición correspondiente.

Todos los gastos considerados como costes indirectos (los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos) o que no sean directamente imputables a unidades concretas, sino al conjunto o a una parte de la obra, se considerarán siempre incluidos en los precios de las unidades de obra del proyecto, cuando no figuren en el mismo valorados en unidades de obra independientes o en partidas alzadas.

Los precios unitarios de ejecución material condicionarán la ejecución de las unidades de obra a que se refieran, de acuerdo con lo definido y descrito en los epígrafes correspondientes, complementándose, siempre, con lo reflejado en los planos de conjunto y detalle, con las estipulaciones fijadas en el pliego de condiciones técnicas particulares y en los demás documentos del proyecto, así como, en su defecto, por lo establecido en la publicación Banco de Precios de la Construcción de la Fundación Codificación y Banco de Precios de la Construcción.

Los precios del proyecto relativos a materiales se considerarán válidos, cualquiera que sea el tipo de tecnología o procedimiento que haya de utilizarse para su elaboración y tanto si se confeccionan en la propia obra como si llegan a ésta ya elaborados.».

NOVENO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Esta Sala ha declarado sobre contrato de obra llave en mano, en sentencia de 19 de diciembre de 2013, rec. 1362 de 2011 , en interpretación del art. 1593 del C. Civil , que procede incrementar la cuantía presupuestada en el proyecto, cuando se produce un cambio de proyecto que suponga una elevación de costes.

En sentencia de 12 de julio de 2012, rec. 2046/2009 , se declaró:

«Se ha desnaturalizado el art. 1593 CC . Si bien esta Sala ha interpretado esta disposición de forma amplia y favorecedora de la menor rigidez en relación a obras no presupuestadas, ya que se ha entendido que el art. 1593 CC no es una norma de derecho necesario, sino interpretativa de la voluntad de las partes, no puede ampliarse dicha norma hasta el punto de introducir como obra no presupuestada aquello que ha sido excluido por la voluntad expresa de las partes y que así se ha manifestado en el contrato.».

En función de lo expuesto, es doctrina de esta Sala que los contratos llave en mano y a precio cerrado, conceptos que no siempre coinciden, se han de interpretar restrictivamente con el fin de que el promotor no deba soportar cambios de proyecto, que supongan incremento de costes, no aceptados por él.

En el presente caso, en la sentencia recurrida no se discute esta interpretación jurisprudencial, sino que lo declarado fue que en base a la prueba practicada, no se recogían en el proyecto las obras exigidas por el Ayuntamiento de Granada y que suponían un incremento de costes.

Este aserto de la sentencia recurrida no viola las normas de interpretación de los contratos (art. 1281 C. Civil), pues reconociendo la aplicación del art. 1593 del C. Civil , establece unas bases probatorias diferentes de las del recurrente.



Mientras el recurrente mantiene que las obras estaban incluidas en el proyecto y que no las aceptó. En la sentencia recurrida se declara que no estaban en el proyecto y que las aceptó (como consta en una carta de febrero de 2011) y por la testifical del arquitecto.

La recurrente (promotora) no puede pretender cargar a la constructora con el importe unas obras que ésta no presupuestó por que no estaban recogidas en el proyecto (como reconoce el arquitecto que lo elaboró por cuenta de Pfizer) que le presentó la promotora.

DÉCIMO .- En lo relativo a la interpretación de la cláusula 11.1 del pliego de condiciones antes transcrita, es evidente que la misma no exonera a la promotora del pago de las partidas o unidades de obra no incluidas en el proyecto.

Lo que refiere la cláusula es que se han de entender incluidos los trabajos, medios y materiales necesarios para la ejecución y acabado de las unidades de obra, pero obviamente para ello esas unidades de obra han de estar referidas en el proyecto en base al cual hizo el presupuesto la contratista y no lo estaban, como se declara probado en la sentencia recurrida.

Debemos insistir en que el proyecto lo encargó la promotora y no lo realizó la constructora.

UNDÉCIMO .- Motivo segundo.- y subsidiario en caso de que se considere sinónimos los conceptos llave en mano y precio cerrado, infracción del art. 1593 del Código Civil en relación con el art. 1258 del mismo cuerpo legal .

Motivo tercero.- Infracción del art. 1258 del Código Civil en relación con el art. 1544 del mismo y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha interpretado dichos preceptos.

El recurrente niega que las obras supongan un cambio de proyecto y añade que la obra debió serle entregada con todos los requisitos necesarios para entrar en funcionamiento, incluidos los administrativos.

DUODÉCIMO .- Respuesta de la Sala.

Se desestiman los motivos.

Realmente este motivo introduce un problema de interpretación normativa que no es real ni se corresponde con lo declarado en la sentencia recurrida, pues lo que se pretende es variar la valoración de la prueba.

Por ello, aún cuando el precio de la obra es cerrado, se ha declarado probado que la promotora autorizó las obras ordenadas por el Ayuntamiento de Granada, aún cuando ahora alega la promotora que la autorización no supone asunción de pago, y también se ha declarado acreditado que las variaciones que ordenó el Ayuntamiento no estaban incluidas en el proyecto.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 23 de enero de 2001, rec. 3739/1995 :

«Reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 10 de junio de 1962 , 16 de febrero y 18 de abril de 1965 , 28 de marzo y 14 de octubre de 1996 y 23 de junio y 2 de julio de 1998) ha interpretado el art. 1593 del Código Civil en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo -lo que se conoce como aumento de obra-, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente».

Por la misma razón no se pueden considerar infringidos los arts. 1544 y 1258 del C. Civil , pues la constructora se comprometió a cumplir las obligaciones pactadas, por un precio cierto y es lo que hizo, si bien la promotora no incluyó en el proyecto (encargado y retribuido por Pfizer) obras que eran necesarias y las impuso el Ayuntamiento, por lo cual la constructora (UTE Genyo) no pudo presupuestar lo que no se proyectó, debido a lo que el pago de esas obras es imputable a la promotora.

DECIMOTERCERO .- Desestimados ambos recursos en todos sus motivos, procede imponer al recurrente las costas de los mismos (arts. 394 y 398 LEC). Procede la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Pfizer S.A., representado por la procuradora Dña. Dolores Girón Arjonilla, contra sentencia de 24 de enero de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada . **2.º**- Confirmar la



sentencia recurrida en todos sus términos. 3.º- Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación al recurrente. Procede la pérdida de los depósitos constituidos para cada recurso. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ