



Roj: **STS 7739/1992 - ECLI:ES:TS:1992:7739**

Id Cendoj: **28079110011992101652**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/1992**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

. 907.-Sentencia de 15 de octubre de 1992

PONENTE: Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

PROCEDIMIENTO: Menor cuantía.

MATERIA: Contrato de obra: Beneficio industrial y precio alzado. Sociedad civil irregular:

Liquidación.

NORMAS APLICADAS: Art. 1.593 del Código Civil .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1992 .

DOCTRINA: No existe ninguna posibilidad pactada de incrementar el precio alzado con el beneficio industrial, figura ésta de carácter económico que suele sobrentenderse en los contratos de ejecución de obra cuando así no lo hayan excluido o lo hayan pactado expresamente las partes. Es en el uso generalizado o la costumbre, que se sigue manteniendo en muchos contratos de obra, en donde se cuantifica el porcentaje correspondiente al beneficio industrial de la ejecución de la misma sobre los materiales aportados y las subcontratas convenidas, salvo, clara es, la exclusión del mismo, que, sobre todo, aparece en los contratos ajustados a tanto alzado.

En la villa de Madrid, a quince de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al final indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada

en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de 907 Granada, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería, sobre declaración de existencia de sociedad civil y otros extremos, cuyo recurso fue interpuesto por Jose Pedro y Mónica , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Hurtado Pérez y asistidos del Letrado don Juan Antonio González Aznar, siendo parte recurrida Rodrigo y Camila .

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don José Soler Turmo, en nombre y representación de Jose Pedro y Mónica , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Rodrigo y Camila , sobre declaración de existencias de sociedad y otros extremos, estableciendo los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando sentencia conforme a los pedimentos que en su demanda determinaba. Admitida la demanda y emplazados los demandados Rodrigo y Camila , compareció en los autos en su representación la Procuradora doña María Dolores Galindo Vilches, que contestó a la demanda, oponiendo a la misma los



hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, para terminar suplicando sentencia desestimando la demanda con imposición de costas a los actores.

Segundo: Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

Tercero: Unidas a los autos las pruebas practicadas, se manifestaron los mismos a las partes, por su orden para resumen de prueba, trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Cuarto: El Sr. Juez de Primera Instancia de Almería dictó Sentencia con fecha 6 de octubre de 1988 , cuyo fallo es como sigue: «Que con estimación parcial de la demanda formulada por don José Soler Turmo, Procurador en nombre y representación de Jose Pedro y Mónica , frente a Rodrigo y su esposa Camila , representados por la Procuradora doña María Dolores Galindo Vilches, debo declarar y declaro la existencia de la sociedad civil particular entre los actores Jose Pedro y Mónica y el demandado Rodrigo en los términos relatados en los hechos de la demanda, con el pacto de distribuir beneficios proporcionalmente a la aportación del capital, teniendo dicha sociedad el único fin de realizar la promoción de viviendas -indicadas en la demanda, siendo procedente declarar y así lo declaro, el dar por disuelta la sociedad, por cumplimiento de su objeto social, debiendo condenar y condenando a los demandados Rodrigo y Camila a que abonen a los actores Jose Pedro y a Mónica la cantidad de 8.228.159 ptas., cantidad resultante de la liquidación efectuada, en concepto de beneficios restante por percibir y al pago de los intereses de dicha cantidad en los términos establecidos en el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como al pago de las costas del juicio, condenándose a la esposa del demandado, Camila , a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, debiendo soportar su patrimonio ganancial los efectos de la presente sentencia.»

Quinto: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de la parte demandada y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada dictó Sentencia con fecha 7 de mayo de 1990 , con la siguiente parte dispositiva: «Que estimando en la medida de lo necesario el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges Rodrigo y Camila , contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería cuyo fallo quedó arriba transcrito, debemos revocar y así lo hacemos dicha sentencia en cuanto se oponga a lo dispuesto en ésta, por la que estimando en parte la demanda interpuesta por Jose Pedro y Mónica contra Rodrigo y Camila (esta última al solo efecto de prevenir la posibilidad de que la ejecución de la sentencia comprometa bienes gananciales), y declarando: a) Que entre los actores, de una parte, y el primero de los demandados, de otra, existió una sociedad irregular para la promoción y venta de las obras a que se refiere el cuerpo de esta sentencia, con pacto de distribuir las ganancias en proporción a sus respectivas aportaciones; b) Que dicha sociedad se disolvió a la conclusión del objeto social; c) Que la empresa acometida proporcionó unos beneficios de 9.788.382 ptas.; d) Que los demandantes aportaron a la sociedad la cantidad de 5.441.790 ptas., en tanto que el demandado Sr. Rodrigo aportó 1.794.769 ptas.; e) Que, en consecuencia, corresponden a aquéllos unas ganancias de 7.359.884 ptas., y f) Que de ellas tienen percibidas 1.058.210 ptas., condenamos a Rodrigo a que abone a los demandantes la cantidad de 6.301.674 ptas. con sus intereses legales desde la fecha de esta sentencia, y a su esposa, también demandada Camila , a pasar por las anteriores declaraciones y por la posibilidad de que la condena de su marido comprometa los bienes gananciales del matrimonio, y todo ello sin hacer expreso pronunciamiento acerca de las costas causadas en una y otra instancia.»

Sexto: La Procuradora doña Elisa Hurtado Pérez, en nombre y representación de Jose Pedro y Mónica , ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, con apoyo en los siguientes motivos: 1.º Al amparo del núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del art. 359 de la propia Ley Procesal , por incongruencia de la sentencia recurrida. 2.º Al amparo del núm. 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Error de hecho en la apreciación de la prueba. 3.º Al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción por violación del art. 1.214 del Código Civil . 4.º Al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción, por interpretación errónea del art. 1.218 del Código Civil . 5.º Al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción por violación del art. 1.255 del Código Civil . 6.º Al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción por violación del art. 1.278, en relación con los arts. 1.254, 1.255, 1.256, 1.257, 1.258 y 1.261 del Código Civil . 7.º Al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción por interpretación errónea de los arts. 1.281, 1.282, 1.283 y 1.285 del Código Civil . 8.º Al amparo del núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción por violación del art. 1.592, en relación con los arts. 1.588, 1.542 y 1.544 del Código Civil . 9.º Al amparo del núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de los arts. 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en materia de costas.



Séptimo: Admitido el recurso e instruidas las partes, los autos se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

Fundamentos de Derecho

Primero: Por sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia del núm. 1 de Almería, en autos tramitados por el juicio de menor cuantía, se estima en parte la demanda interpuesta por los actores Jose Pedro y Mónica, dirigida contra los codemandados Rodrigo y Camila, en cuya virtud se declara, entre otras peticiones de la demanda, la condena a los demandados a que abonen a los actores la suma de 8.228.159 ptas.), cantidad resultante de la liquidación efectuada en concepto de beneficios restante por recibir y al pago de los intereses del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de dicha cantidad, y todo ello, tras declarar la existencia y posterior disolución de la sociedad civil existente entre los interesados así como la distribución de los beneficios proporcionales a la aportación de capital, con el pormenorizado de partidas que aparece en el fundamento jurídico cuarto, tras excluir la suma correspondiente al beneficio industrial según su núm. 5 del citado fundamento jurídico que dice: «Debe rechazarse la alegación del demandado de que se le asigne el beneficio adicional, sobre el costo de la obra, el 10 por 100, que no pueda deducirse del contrato inicial ni de pacto posterior que al efecto lo haya acreditado»; apelada esa decisión por los demandados, se resolvió el recurso por Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, de 7 de mayo de 1990, en la que se estimó en lo necesario, el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges demandados, revocando la sentencia de instancia y declarando cuanto consta en su parte dispositiva, en donde destaca que la condena económica a satisfacer por los demandados es de 6.301.674 ptas., con sus intereses legales correspondientes, y todo ello en base a la siguiente línea decisoria: Que el fundamento jurídico primero, desde luego partiendo que entre ambas partes existe un contrato privado de sociedad para la construcción de unas viviendas de protección oficial y 375 metros cuadrados de locales de negocio en la localidad de Roquetas de Mar, y participación en beneficios al 50 por 100 o proporcionalmente a las aportaciones de los socios, las cuestiones relevantes se reducen a la determinación del valor de las aportaciones económicas de cada parte y de los beneficios obtenidos por la empresa acometida, para dilucidar y cuantificar después el reparto de dichos beneficios, de conformidad con lo establecido en el art. 1.689 del Código Civil y concordante 140 del Código de Comercio, partiendo de ello, fundamento jurídico segundo, lo pactado entre los interesados es la existencia de una sociedad irregular y evidentemente personalista según los pactos societarios (folio 5), acordándose que los gastos inherentes a las obras, se repartirían al 50 por 100 y que el beneficio sería proporcional a las aportaciones; en cuanto a las cuestiones que ha de acometerse para resolver los problemas planteados, según el fundamento tercero, destaca lo siguiente: 1.º Sobre la aportación de socio demandado y contratista Rodrigo, considera por lo razonado, correcta la suma indicada por los actores de 1.794.769 ptas. y no la que dice en la citada demanda de 2.876.165 ptas. 2.º Aportación del consorcio Jose Pedro - Mónica, esto es, los actores, por las razones que se indican, se hace constar que sus aportaciones se elevan a la suma de 5.441.790 ptas. 3.º Ingresos obtenidos por la venta de las viviendas y locales, su importe viene dado por la cantidad de 43.883.898 ptas. 4.º Costos totales de la empresa acometida, viene dada por la suma del importe real de las obras, que, con inclusión del beneficio industrial del contratista puede cifrarse en 31.245.373 ptas. -folio 163-, más aquellas cantidades satisfechas como consecuencia de su realización. Cuales sean estas cantidades nos lo dicen los abonos realizados por los socios en pago de conceptos no computados en aquella partida, es decir, los de 1.794.769 ptas. y 441.790 ptas. a que antes nos hemos referido, así como los abonos que fue menester efectuar «al final de la obra, con los ingresos producidos por la promoción» (véase pregunta décima al folio 106 vuelto, y contestación afirmativa del demandado Sr. Rodrigo), esto es 4.808.222 ptas., por honorarios de dirección del aparejador, y 125.362 ptas. por acometida general de electricidad al edificio (no se computa la partida de 574.913 ptas. que se contiene en la misma posición, relativa a honorarios de dirección de obra del arquitecto, porque han reconocido antes los actores que dicha partida formaba parte de la cantidad de 1.794.769 ptas. aportada por el demandado -véase a este respecto también, los folios 164 y 166- ni tampoco se toma en consideración para la determinación de los costos totales el precio del solar -folio 163, ya citado-, porque el mismo fue cedido por un tercero a cambio de cierta parte de la obra -folio 5-). Ascende, pues el importe global de los costos a la cantidad de 34.094.516 ptas. 5.º Beneficios de la empresa, diferencia entre 43.883.890 ptas. menos 34.095.516 ptas., o sea 9.778.382 ptas. 6.º Porcentaje de los demandantes, en dichos beneficios se determinan relacionando con el valor de referencia «100» la suma de las aportaciones de los socios, y aplicando después una sencilla regla de equivalencia por el sumando que nos interesa; $1.794.769 + 5.441.790 = 7.236.559$; $7.236.559$ es a «100», como $5.441.790$ es a «X»; de donde «X» = 75,19: 7.º Liquidación del beneficio de los actores, resulta, tras las operaciones que se especifican, de 7.359.884 ptas., pero como a cuenta de este importe los demandados tienen percibidas las cantidades que se indican, resulta a su favor un crédito de 6.301.674 ptas. que es, justamente, la cantidad a que se condena a los demandados a su pago;



en su fundamento cuarto se expresa que la estimación parcial del recurso impide imponer a ninguna de las partes las costas causadas en la otra instancia, y frente a cuya decisión, por los codemandantes se formaliza el presunto recurso de casación con base a los siguientes nueve motivos que son objeto de consideración por la Sala, teniendo en cuenta al respecto la reforma de los ordinales efectuada por la Ley de 30 de abril de 1992 .

Segundo: En el motivo primero, al amparo del núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia de la sentencia recurrida, y al respecto se especifica, tras numerosas razones en cuanto a lo relativo a la liquidación del beneficio social, que para determinar esos beneficios es preciso fijar, en primer lugar, los ingresos y por otro los gastos, y que en cuanto a los gastos existen diferencias entre lo alegado por esta parte así como por los demandados, y que, en definitiva, la sentencia de apelación recurrida estima los gastos en 34.095.516 ptas. para lo que parte del total presupuesto de la obra incluido el beneficio industrial fijado en 31.241.373 ptas., cantidad a la que se añaden otras partidas y dicho presupuesto, que figura a los folios 135 a 166, fue traído a los mismos a instancia de esta parte al único objeto de desvirtuar el certificado del arquitecto, por lo que ese presupuesto, y fundamentalmente, su resumen al folio 163, no fue tomado en consideración por ninguna de las partes en momento alguno del proceso lo cual implica que al haberlo tenido en cuenta la sentencia se aparta totalmente de los términos en que está establecido el debate litigioso, por lo que se ha infringido la exigencia de congruencia del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ya que se ha tomado en consideración un dato fáctico no alegado por las partes en el proceso, por lo que la Sala incurrió en la incongruencia denunciada: La endeblez del motivo destaca ya que, la sentencia apelada no ha incurrido en el desvío denunciado no sólo porque las consideraciones que se hacen sobre la valoración del instrumento que consta al folio 163 demuestran que ha sido uno de los que han coadyuvado a integrar la convicción de la Sala sentenciadora sin que haya sido el único, sino fundamentalmente, porque es bien sabido, el constante criterio de este Tribunal y cuyas citas jurisprudenciales se omiten por reiterativas, que el presupuesto de la congruencia no supone sino, aparte de resolver todos los puntos litigiosos, no rebasar las peticiones establecidas en la relación jurídico-procesal trabada, sin alterar, asimismo los elementos sustanciales en que se ha planteado el debate, y ninguno de estos predicados ha sido vulnerado por la sentencia hoy recurrida, ya que se dirimen todas las cuestiones objeto de la controversia, por lo que no cabe hablar de cualquier tipo de inapreciación tanto la extra petita como la ultra petita pues, tampoco se han alterado los términos en que se planteó el litigio que, única y exclusivamente se refiere a la existencia de una sociedad, a la disolución de la misma, y a la liquidación de los beneficios, una vez computados tras los gastos, y reparto correspondiente proporcional a las aportaciones de los socios, conforme a los términos fijados por dicha sentencia. En el motivo segundo se denuncia por la vía del núm. 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en su redacción antigua, el error de hecho en la apreciación de la prueba al considerar que los costos totales de la promoción ascendieron a 34.095.516 ptas. en lugar de los 31.208.191 ptas. que es, justamente, la cantidad que fue apreciada por la primera sentencia dictada por el Juez, y, al respecto se dedica el motivo a hacer una serie de consideraciones sobre el importe real de las obras, llegando a la conclusión de que el importe de las mismas según la Sala a quo, es la cantidad reflejada de 31.245.373 ptas. por incluir también el beneficio industrial, dedicándose el motivo a hacer una serie de consideraciones, incluso, afirmándose que la denuncia se deriva de la simple comparación del contrato de ejecución de la obra por precio alzado, al folio 6, con el presupuesto y proyecto, a los folios 136 a 165, y que la diferencia entre lo presupuestado y el costo real se puede comprobar incluso, partida por partida, y al punto se enumeran una serie de partidas de los epígrafes correspondientes en realidad a lo presupuestado y al costo real que acontenció insistiendo reiteradamente, que se considera como importe real de las obras, no solamente el coste de ejecución material de ptas. 28.797.579 de las mismas, sino también el importe del beneficio industrial calculado al 8,5 por 100, y, con independencia de lo que se indica luego sobre esa conclusión, se subraya que de todas las referencias que en los nueve apartados del motivo se especifican, se extraen por el recurrente las siguientes consecuencias: Que también las subcontratas se ajustaron conforme al precio presupuestados, que habiendo existido subcontratas, para parte de las obras, no cabe hablar de beneficio industrial sobre el importe de las mismas, que no existe en autos ningún otro elemento probatorio que desvirtúe el error de hecho denunciado en este motivo en el que han incurrido la sentencia recurrida al estimar que los costos totales reales ascienden a 34.095.516 ptas. y, que, desde luego, es preciso admitir la cifra real consignada por la primera sentencia y, por lo tanto, al haberse apartado de las razones expuestas se ha producido el error denunciado. En el motivo tercero denuncia la infracción por el antiguo núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por violación del art. 1.214 del Código Civil , de nuevo, se insiste en que los gastos reales en relación con los costos han de ser estimados en la cifra de 31.208.191 ptas. y no en los referidos por la sentencia de 34.095.516 ptas. porque, en definitiva, la carga de la prueba según lo dispuesto en el art. 1.214 del Código Civil correspondía a los demandados, al haberse opuesto a la demanda los mismos, y que al no haberse hecho así, sino al haber obtenido dicha cifra del recurso del instrumento que consta al folio 163, se ha producido la infracción denunciada. En el motivo cuarto, en donde se denuncia la interpretación errónea del art. 1.218 del Código Civil , ya por la vía del antiguo núm. 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como el



anterior hoy núm. 4, tras la reforma del art. 1.692, se denuncia el art. 1.218 pues la sentencia recurrida basa su estimación al fijar los costos fundamentalmente en el particular obrante al folio 163, que es el resumen general de los presupuestos de la construcción y que forma parte de un juego de fotocopias emitido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental, que dicho documento consiste en fotocopias simples del mismo, por lo que es evidente la falta de fehaciencia de tales fotocopias, que, subsidiariamente, para el caso de que el documento en cuestión fuera considerado por la Sala como privado, se invoca el art. 1.225 del Código Civil, por los mismos argumentos, toda vez que dicho precepto remite a los artículos anteriores entre ellos el 1.218 y concordantes. En el motivo quinto se denuncia la infracción del 1.225 del Código Civil y, otra vez, se insiste en la incorrección de tomar en base para cuantificar el importe real de las obras lo dispuesto en el proyecto y presupuesto de la promoción, obrante a los folios 136 y 16 autos, con inclusión del beneficio industrial y de tal suerte que se considera el importe real de dichas obras en la cifra de 31.245.373 ptas. y omiten dar valor al documento privado suscrito entre las partes aportado a la demanda en folios 5 y 6 autos, y que son reconocidos por el demandado Sr. Rodrigo; que valorado entre las partes dichos documentos, claramente, aparecen los precios ajustados, sobre todo, lo referente a su penúltimo párrafo en donde se excluye expresamente la posibilidad del beneficio industrial. En el motivo sexto, en que por igual vía jurídica se denuncia la violación del art. 1.278 en relación el 1.254, 55 y siguientes del Código Civil, sobre todo, porque la sentencia recurrida incluye en los costos de la promoción el beneficio industrial consignado en el proyecto y presupuesto para su ejecución, cuando dicho concepto está expresamente excluido por el penúltimo párrafo del contrato de obra suscrito entre las partes y reconocido legalmente, que ese contrato es obligatorio y que en su penúltimo párrafo contiene la exclusión expresa del beneficio industrial, materia, a su vez, que es objeto de denuncia, en el motivo séptimo, en donde se acusa de la infracción de interpretación errónea de los arts. 1281 y concordantes, en materia de interpretación, por cuanto, que la sentencia ha interpretado erróneamente los contratos de sociedad y obra de fecha 5 de febrero de 1985, obrantes a los folios 5 y 6 de autos, todo ello por la reiterada e indebida inclusión en cuanto a la estimación del coste real de las obras del beneficio industrial, que en el párrafo 4 de las estipulaciones contenidas en el contrato de sociedad, folio 5, consta claramente que el demandado se compromete a ejecutar parte de las obras de promoción, que en ese párrafo se hace una alusión a los beneficios que podían obtenerse por la realización de las obras y que serían solamente para él; que en el contrato de obra, folio 6, se observa que no sólo se fija el precio a tanto alzado sino que además en el último párrafo se indica que en ese precio están todos los gastos de la ejecución y que en el penúltimo párrafo del reverso se dice que el Sr. Rodrigo estará al pie de la obra, sin que por ello pueda solicitar cantidad alguna por estos conceptos, ya que se estipuló su exclusión en los precios acordados; que al ajustarse el precio de la obra a tanto alzado conforme al art. 1.593 del Código Civil, que no cabe hablar pues de beneficio industrial, que sólo es aplicable al sistema de administración consistente en que el dueño de la obra pone los materiales conforme a lo previsto en el art. 1.590 del Código Civil, y, después de hacer una serie de consideraciones de cómo ha llegado la sentencia al beneficio industrial, al evaluarlo en un 8,5 por 100 en lugar del 10 por 100 sobre el costo real de la ejecución que postulaba el recurrido en su contestación a la demanda se omite que en los contratos de sociedad y obra, aunque éstos hagan referencia al precio de ejecución al presupuesto no se pactó beneficios industriales alguno. En el motivo octavo, igualmente se denuncia por violación del art. 1.593 en relación con los que cita del Código Civil, pues del conjunto de la prueba en especial de los contratos de sociedad y obra se desprende que la sociedad encargó a una de sus partes la ejecución de parte sustancial de los trabajos, que en el contrato de obra, se dice que el Sr. Rodrigo suministraría los materiales actuando como contratista por cuenta propia, que el precio acordado fue a tanto alzado, que en consecuencia, la pretensión del recurrido de incluir a los costos de la promoción un beneficio industrial a su favor, pretensión rechazada por el Juez de Primera Instancia, pero estimada en parte por la recurrida, viola plenamente el art. 1.593 del Código Civil, que no permite el aumento del precio pactado incluido cuando ha habido un ajuste alzado, como en el presente. En el último motivo del recurso, el noveno, al amparo del núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de arts. 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia debe abocar necesariamente a la imposición de las costas de la apelación a los recurridos, y que en cuanto a la primera instancia, se entiende que la confirmación de la sentencia deba ser en su integridad incluidas las costas, que aunque la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, lo cierto es que la estimación fue sustancial en cuanto a la cantidad definitiva a abonar y ello ante la imposibilidad manifiesta de la actora de fijar con precisión cuál era el saldo a su favor, pero que, aunque no lo entendiera así la Sala sería obligado el párrafo 2.º del mismo artículo, habida cuenta la temeridad manifiesta de la parte demandada y razonando, asimismo, que la actitud del demandado es determinante de esa temeridad por lo cual deberán imponerse las costas correspondientes en las anteriores instancias. Este motivo está condenado al fracaso ya que no es posible considerar que se ha vulnerado la imposición de las costas de la primera instancia por parte de la Sala sentenciadora, pues no se da el presupuesto del art. 523 del Código Civil, pues no se confirmó la sentencia de primera instancia sino que tuvo una considerable reducción de su cuantía, por lo que es absolutamente, inexacto entender que existiese



ese supuesto previsto en el art. 523, así como tampoco debe entenderse el desvío del art. 710 del Código Civil para imponer las costas a la demandada.

Tercero: Examinados los demás motivos del recurso, del segundo al octavo, se observa como el fundamental objetivo de los mismos es estimar la pretensión de los recurrentes en la idea de la indebida inclusión en el costo real de la obra del llamado beneficio industrial a favor del contratista recurrido, que la sentencia recurrida en el apartado 4.º de su fundamento tercero incluye, como se ha hecho contar en la transcripción, al indicarse que los costos totales de la empresa acometida vienen dadas por la suma del importe real de las obras con inclusión de beneficio industrial del contrato y que puede cifrarse en 31.245.373, todo ello a la vista de lo cuantificado en el proyecto de ejecución final incorporado a autos al folio 163, y que esta partida, en el importe real de las obras, junto a los demás conceptos no controvertidos arrojan un costo total de 34.095.516; la discrepancia, pues, obedece a que conforme a lo pactado, no es estipuló en absoluto, la inclusión de ese beneficio industrial a favor del contratista, que por lo constatado y apreciado como tal, por la Sala, según dicho folio 163, se eleva a la suma 2.447.794, y todo ello con independencia de las restantes operaciones existentes y que se denuncian en los motivos sobre la cuantía de lo presupuestado según las partidas que se especifican, y el costo posterior realmente devengado, que no trasciende; y al respecto en lo sustancial han de acogerse los motivos, por cuanto que este designio de la exclusión del beneficio industrial debe perfectamente acoplarse a lo acontecido en el litigio, porque, a resultas de lo convenido entre las partes tanto en el contrato de sociedad de 5 de febrero de 1985 (folio 5) y, sobre todo, en el mismo contrato de ejecución de obra suscrito en igual fecha (folio 6), se especifica que la presupuestado es a tanto alzado en la valoración que se estima, al margen de que se haga por unidades que obra a realizar conforme al proyecto, destacando en singular en primer lugar que en el contrato de sociedad irregular se hace constar que el recurrido Rodrigo se encargará, según contrato aparte, de la ejecución de obras que se citan en el mismo y al precio en que se estipulan, si bien los beneficios obtenidos por este concepto serán íntegramente para Rodrigo, pero que, en relación con ello, en el contrato de ejecución de obra, no sólo se realiza ésta a un tanto alzado, sino que fundamentalmente, se estipula, en el penúltimo párrafo, que Rodrigo cuidará de la buena ejecución de las obras, estando al pie de las mismas para dirigir los trabajos, sin que por ello puede solicitar cantidad alguna por estos conceptos, ya que, se estipula, su inclusión en los precios acordados; esto es, no existe, por lo tanto, ninguna posibilidad pactada de incrementar ese precio alzado con el supuesto beneficio industrial, figura ésta de carácter económico, que suele sobrentenderse en los contratos análogos al controvertido de ejecución de obra cuando así no lo haya excluido o lo hayan pactado expresamente las partes (como es sabido, sobre este concepto económico, cabe afirmar que se trata de una suerte de uso de los propios negocios que ha de probarse, como un derecho de todo contratista a obtener el legal beneficio de su trabajo, según expusiera la Sentencia de 15 de abril de 1992: «Centrado el problema debatido en sus justos términos, resta realmente determinar sobre si el constructor tiene el legítimo derecho a obtener un beneficio industrial en función de su actividad, y si tal beneficio o utilidad estaba ya incluido en las cantidades que tiene percibidas de la señora demandante. Nadie ha negado ni discutido en los autos del derecho que corresponde al contratista de obtener el legal beneficio de su trabajo, incluso inferior en este caso al normal, y a la exclusiva finalidad de comprobar la segunda cuestión van orientados los fundamentos de Derecho de la resolución impugnada, declarándose en los mismos que aparece probado, en autos, a través de dos pruebas periciales, que el coste de las obras ejecutadas por el demandado sin incluir el beneficio industrial y el IGTE, asciende a la suma de 57.453.639.92 ptas. y que la actora ha justificado unas entregas de 54.588.639 ptas. adeudando por son siguiente un total de 14.125.918 ptas. en cuya suma va incluido el resto de obra no satisfecha y las otras dos partidas en litigio consistente en el beneficio industrial y en el IGTE, declaración fáctica no combatida en este recurso» salvo parte en contrario, y sobre el que cabe afirmar que con anterioridad a la Reforma Fiscal de 1964, consecuencia de la entrada en vigor de la Ley General Tributaria, la doctrina y algunas normas de carácter inferior (órdenes ministeriales) hicieron referencia al beneficio industrial bajo dos puntos de vista distintos: A) Beneficio industrial presunto que fue el reglado para establecer las cuotas por la Licencia Fiscal de Actividades. B) El beneficio industrial incorporado a las ofertas y presupuestos de obras y servicios, que el relevante a nuestros efectos, y cuyo importe comercial a cargar sobre factura o sobre presupuesto oferta. Con posterioridad a la Constitución Española han desaparecido las limitaciones contractuales con carácter general, rigiendo el principio de correspondencia demanda-oferta, y la consiguiente libertad contractual, y desde luego cabe estimar, que en ausencia de pacto sobre beneficio industrial en la contrapretación de obras y servicios, los Tribunales han estimado en el tráfico negocia! el 15 por 100 del presupuesto convenido que es algo superior al interés incrementado del dinero a efectos judiciales»). Y es en el uso generalizado o la costumbre, en que se sigue manteniendo en muchos contratos de obra, en donde se cuantifica en el porcentaje correspondiente el beneficio industrial de la ejecución de la misma sobre los materiales aportados y las subcontratas convenidas, salvo claro es, la exclusión del mismo que sobre todo, aparece en los contratos ajustados a tanto alzado: en definitiva, teniendo en cuenta lo pactado expresamente por las partes, además lo dispuesto en el art. 1.593 del Código Civil, en cuanto a la imposibilidad de aumento de precios de lo presupuestado en las ejecuciones



de obra por ajuste alzado, salvo los elementos que se contemplan y en razón a la sujeción de las partes a lo expresamente pactado, procede, pues, con la estimación de los motivos excluir la referida partida del beneficio industrial ya que no cabe obtener el mismo del documento unido al folio 163 como hace la Sala a quo, pues es un mero proyecto de ejecución de obra sin vinculación alguna y fuerza para obra ponerse a lo pactado *id hoc* en los repetidos contratos de 5 de febrero de 1985 y, en consecuencia, estando conformes en los demás preceptos económicos, en los porcentajes de aportaciones de cada una de ellas y en la distribución que se ha verificado por la primera sentencia, en la que se computan, perfectamente, los ingresos en una cantidad no discutida y en unos gastos de explotación que se cuantifican según lo expuesto al rechazarse la alegación de la parte demandada, hoy recurrida, de la inclusión del beneficio adicional, y no existiendo contienda -se repite- en los demás aspectos, o partidas que componen dichos sumandos y, sobre todo, las respectivas aportaciones y porcentajes tanto de los actores hoy recurrentes como de la parte demandada recurrida, procede, con la estimación de dichos motivos, anular la sentencia y confirmar la del Juzgado de Primera Instancia, y todo ello con independencia de lo que se dice al respecto, en punto al último motivo del recurso que no ha lugar.

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

FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Sra. Hurtado Pérez, en nombre y representación de Jose Pedro y Mónica , contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada en fecha 7 de mayo de 1990 . En consecuencia, declaramos casada y anulada dicha sentencia a la vez que confirmamos la dictada por el Juez de Primera Instancia del Juzgado de Almería, el día 6 de octubre de 1988 , sin imposición de costas en ninguna de las instancias, debiendo ser abonadas por cada parte las que hubiere causado en este recurso.

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

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.-Eduardo Fernández Cid de Temes.-Luis Martínez Calcerrada Gómez.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha por el Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Ponente en estas actuaciones, hallándose la misma celebrando audiencia pública, de lo que como Secretario certifico.