

Roj: **STS 3635/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3635**Id Cendoj: **28079110012009100428**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/06/2009**Nº de Recurso: **545/2004**Nº de Resolución: **433/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 19ª, 24-11-2003,
STS 3635/2009**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 360/02 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la **Empresa Constructora Cyfes, S.A** . representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Rincón Mayoral; siendo parte recurrida la mercantil **Compostela Beach S.A.Unipersonal**, representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Gómez Montes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Empresa Constructora Cyfes, S.A. contra la mercantil Compostela Beach, S.A. Unipersonal.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se *"dicte sentencia por la que se condene a la parte demandada a que pague a mi principal la cantidad de cuatrocientos cuarenta y cinco mil seiscientos diecinueve euros con dieciocho céntimos (445.619,18 euros, equivalente a 74.144.794 pesetas), más los intereses legales y las costas de este procedimiento."*

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la mercantil Compostela Beach, S.A. Unipersonal contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando *"... se dicte sentencia absolviendo a mi parte de la reclamación solicitada por resultar acreedora de la actora en los términos que se dirá."* Al tiempo que formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado *"... dicte sentencia que declare: a) Haber lugar a la compensación de las deudas entre la Empresa Constructora Cyfes, S.A. y Compostela Beach, S.A., declarando que en base a lo dicho en el cuerpo del presente escrito Empresa Constructora Cyfes debe abonar a Compostela Beach, S.A., la cantidad de CUATRO MILLONES SETECIENTAS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS SEIS PESETAS (28.819,77 ?) más los intereses que corresponden, b) O subsidiariamente y para el caso de que no se estime la petición que exponemos en la letra a) precedente, haber lugar por penalización por demora en la entrega de la obra, a que Empresa Constructora Cyfes abone a Compostela Beach, S.A. la cantidad de 78.900.000 Pts, más los intereses que correspondan, todo ello con expresa imposición de costas en el procedimiento."*



3.- Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado "... se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la misma y se declare: a) En todo caso, no haber lugar a la penalización por demora en la entrega de la obra por mi mandante a la reconviniente, al haberse prorrogado la entrega en 245 días y resultar éstos necesarios -o en su caso los que determine la pericial pertinente- para la conclusión de la obra como así mostró su conformidad en su momento la ahora reconviniente, resultando inaplicable e invalidada la cláusula penal moratoria. b) No haber lugar a la compensación deudas, porque las prestaciones recíprocas no son igualmente exigibles, al haberse acreditado la deuda y la procedencia de pago del precio por la demandada en autos y no tener ésta derecho a su favor o devengado indemnización alguna por retraso en entrega de obra; o subsidiariamente, como detallamos en este escrito, en el supuesto improbable de que hubiere lugar a compensación conforme al artículo 1195 C.c ., si a la deuda reclamada en la demanda (74.144.794 pesetas) se le descuenta el importe por retraso en los días de ejecución pactados (73.500.000 pesetas), aún quedaría una deuda que la reconviniente COMPOSTELA BEACH, debería a la constructora CYFES, S.A. de 644.7894 pesetas (=3.875,29 euros)."

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 13 de febrero de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando la demnada formulada por la EMPRESA CONSTRUCTORA CYFES S.A., asistida de su letrado FERNANDO CASTEDO ALVAREZ y representada por su procurador GLORIA RINCON MAYORAL, contra COMPOSTELA BEACH S.A. asistida de su letrado FERNANDO MORENO DE LA SANTA Y BARAJAS y representada por su procurador MANUEL GOMEZ MONTES debo condenar y condeno a éste a que abone a la actora 445.619,18 Euros, intereses legales de dicha suma desde la interpelación judicial hasta su pago y abono de costas y debo desestimar y desestimo la demanda reconvenccional formulada por Compostela Beach, Sa, contra Empresa Constructora Cyfes, Sa., absolviendo a ésta de los pedimentos de la demanda reconviniente y expresa imposición a dicha parte de las costas causadas por la reconvencción."

En fecha 25 de febrero de 2003 se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "SE ACLARA la Sentencia dictada en fecha 13.2.03 , en los presentes autos, en el sentido de que en su Fundamento Primero, donde se dice: "... y así, el acta de replanteo se firma el 11-1-94, pendientes de colocación las puertas de cristal del local comercial; una vez finalizada la obra, se presenta la certificación final de obra, visado y conformado, siendo el precio final de la obra 572.727.060 euros, quedando pendiente de pago 23.281.182 ptas, el importe retenido por la propiedad ascendía a 572.272.706 Ptas, de dicha factura la demandada abonó 15.000.000 ptas, alegando...", debe decir: "y así, el acta de replanteo se firma el 19-11-91, y con definiciones más concretas entre los meses de marzo y abril del 92; que la actora ejecuta la obra convenida, extendiéndose el certificado final de obra el 26-10-93; el Acta de Recepción Provisional se otorga el 11-1-94, pendientes de colocación las puertas de cristal del local comercial, una vez finalizada la obra, se presenta la certificación final de obra, visado y conformado, siendo el precio final de la obra 572.727.060 ptas, quedando pendiente de pago 23.281.182 ptas, el importe retenido por la propiedad ascendía a 57.272.706 ptas, de dicha factura la demandada abonó 15.000.000 ptas, alegando...."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la mercantil Compostela Beach, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2003 , cuyo Fallo es como sigue: " Estimar en parte el recurso interpuesto por Compostela Beach S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 48 de Madrid en Procedimiento Ordinario Número 360/02 , en el sentido de estimar parcialmente la demanda reconvenccional, condenando a los demandantes iniciales a pagar al actor la suma de 49.000.000 Ptas. que se compensaran con la suma que se les reconoce en la sentencia. No se hace condena en las costas de ninguna de las instancias."

TERCERO.- La Procuradora doña Gloria Rincón Mayoral, en nombre y representación de **Cyfes S.A.**, formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, al amparo de lo dispuesto en los artículos 469.1.2º y 477.1 y 2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Por infracción de lo dispuesto en el artículo 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciando incongruencia omisiva por falta de motivación; y 2) Por infracción de lo dispuesto en los artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por su parte, el recurso de casación se fundaba en los siguientes motivos: 1) Infracción de los artículos 1258 y ss. y de los artículos 1544 a 1588 del Código Civil ; 2) Infracción de los artículos 1100 y ss. del Código Civil ; 3) Infracción del artículo 217 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; 4) Infracción de los artículos 1152 y ss. del Código Civil ; 5) Infracción del artículo 1195 y ss. del Código Civil ; 6) Infracción de los artículos 7.1 y concordantes del Código Civil y la doctrina de los actos propios; y 7) Indebida aplicación de doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1468 del Código Civil .



CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 8 de septiembre de 2008 por el que se acordó la admisión de ambos recursos con la excepción del motivo tercero del recurso de casación, así como que se diera traslado a la parte recurrida habiéndose opuesto por escrito a su estimación el Procurador don Manuel Gómez Montes en representación de Compostela Beach S.A.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 26 de mayo de 2009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Empresa Constructora Cyfes S.A. formuló demanda de juicio ordinario contra Compostela Beach S.A. interesando que se dictara sentencia por la cual se condenara a la demandada a satisfacerle la cantidad de cuatrocientos cuarenta y cinco mil seiscientos diecinueve euros con dieciocho céntimos (equivalente a 74.144.794 ptas.) más los intereses legales y costas del procedimiento, en concepto de precio adeudado por la obra ejecutada por la demandante por encargo de la demandada según contrato de ejecución de obra y suministro de materiales para la construcción de un edificio en la Plaza de España nº 2, esquina a calle Leganitos nº 47, de Madrid, celebrado en fecha 29 de octubre de 1991.

La demandada contestó a la demanda aceptando deber a la actora la cantidad de 74.104.794 ptas. y formuló reconvencción interesando la condena a la actora al pago de la cantidad de 78.900.000 por demora en la ejecución, con aplicación de la cláusula establecida en el contrato para tal caso, operándose la oportuna compensación en cuya virtud la demandante resultaba deudora por la cantidad de 4.795.206 ptas., equivalente a 28.819,77 euros.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid dictó sentencia de fecha 13 de febrero de 2003 por la que estimó la demanda formulada por Cyfes S.A. y condenó a la demandada Compostela Beach S.A. a abonar a la actora la cantidad de 445.619,18 euros, intereses legales desde la interpelación judicial y costas, desestimando la reconvencción deducida por la parte demandada a la que condenó al pago de las costas causadas por la misma.

Compostela Beach S.A. recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) dictó nueva sentencia de fecha 24 de noviembre de 2003, la cual estimó en parte el recurso acogiendo parcialmente la pretensión reconvenccional y condenando a Cyfes S.A. a pagar a aquélla la cantidad de 49.000.000 pesetas a compensar con la suma por la que fue estimada la demanda, sin especial pronunciamiento sobre costas de ambas instancias.

Contra dicha sentencia ha recurrido Cyfes S.A. tanto por infracción procesal como en casación.

SEGUNDO.- La única cuestión que ahora se plantea, a la que se refieren ambos recursos, es la que concierne a la estimación parcial de la acción reconvenccional ejercida por Compostela Beach S.A., demandada inicial, contra la demandante Cyfes S.A. habiendo quedado consentida la estimación de la demanda en cuya virtud Compostela Beach S.A. fue condenada a abonar a aquélla determinada cantidad que le debía por razón de la ejecución de la obra contratada.

Sobre la acción reconvenccional razona la sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero) planteándose si el retraso en la ejecución de la obra es imputable a la constructora Cyfes S.A. y, en consecuencia, resulta de aplicación la cláusula penal incorporada al contrato. Afirma la Audiencia que los dos únicos motivos que generaron desde el punto de vista objetivo un retraso son una ligera demora en el replanteo y dos días en que no se pudo trabajar debido a una nevada, sin que pueda aceptarse que se diera retraso alguno por falta de planos, demora en los cálculos o ampliaciones de obra que influyeran en su duración, cuestiones que habían de ser acreditadas por la constructora como exige el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo claras al respecto las manifestaciones del arquitecto y del arquitecto técnico de la obra, así como las advertencias expresas en el Libro de Órdenes respecto de la tardanza en su ejecución o el ritmo lento que llevaban los trabajos. Resulta, en suma, acreditada la existencia de un perjuicio por el retraso que deriva no sólo del hecho de que se entregara la obra diez meses más tarde de la fecha inicialmente prevista, sino también de la pérdida de oportunidad respecto del arrendamiento de la planta baja. Se fija el retraso en doscientos cuarenta y cinco días teniendo en cuenta la demora que resulta justificada, procediendo en cuanto a lo demás la aplicación de la cláusula penal que, no obstante, es moderada en su cuantía concretándola en 200.000 pesetas diarias -en lugar de las 300.000 pesetas establecidas en el contrato- de donde se obtiene la cantidad de 49.000.000 pesetas por la que resultó estimada la demanda reconvenccional.



Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El primero de los motivos opuesto por Cyfes S.A., amparado en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto del artículo 218.3 de la citada Ley al incurrir la sentencia impugnada en incongruencia omisiva por falta de motivación.

Se imputa conjuntamente a la sentencia incongruencia y falta de motivación, conceptos distintos que han de integrar también motivos diferentes, pues como esta Sala tiene reiteradamente declarado, por todas en sentencias de 10 de noviembre de 2005 y 6 de noviembre de 2006 *«la incongruencia constituye un motivo y la falta de motivación otro, por la sencilla razón de que una sentencia puede ser congruente aunque no esté motivada y, cabe que pese a estar motivada, la sentencia sea incongruente (SSTS 1 de diciembre de 1998; 25 enero 1999; 2 de marzo de 2000; 25 septiembre 2003)»*.

En realidad no existe incongruencia pues el requisito de la congruencia se encuentra directamente referido a las pretensiones de las partes y a los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (artículo 218.3 LEC) exigiéndose del tribunal que se pronuncie sobre tales pretensiones y en este sentido la Audiencia ha dado respuesta a tales cuestiones pues, manteniendo la estimación de la demanda formulada por la hoy recurrente Cyfes S.A. contra Compostela Beach S.A., según resolvió el Juzgado de Primera Instancia, estima a su vez parcialmente la reconvencción formulada por esta última, por estimar que ha existido retraso injustificado, condenando a la parte actora al pago de determinada cantidad y acordando la compensación de las cantidades que recíprocamente se deben las partes según tales pronunciamientos, por lo que ni resuelve más allá de lo solicitado por las partes ni rechaza cualquier pretensión aceptada por la parte a la cual perjudica su estimación, sin variar la causa de pedir que late bajo dichas pretensiones; supuestos en los que únicamente cabría la denuncia de incongruencia.

En cuanto a la exigencia de motivación y su cumplimiento se habrá de examinar, como afirma la sentencia de esta Sala de 28 enero 2009, en relación con el contenido de las pretensiones sobre las que se discute, como se deriva de la propia disposición legal (artículo 218.2 LEC), de modo que su satisfacción se produce cuando del contenido de la sentencia se desprende cuáles son las razones de hecho y de derecho en las que el tribunal se ha basado para llegar a la conclusión expresada en su "fallo".

Como señala la sentencia de 16 de abril de 2007, reiterando la doctrina de esta Sala al respecto, la motivación *«tiene una finalidad de garantía relacionada con el designio de que puedan conocerse, tanto por las partes interesadas como por los integrantes del llamado sistema jurídico interno y por la sociedad, las razones que han llevado al órgano jurisdiccional a dictar su resolución y de que pueda hacerse uso por los legitimados por el ordenamiento jurídico de los medios de impugnación establecidos; y se relaciona con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, como derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas fundada en derecho y que no pueda ser calificada de arbitraria o irrazonable (SSTS, entre otras, de 6 de noviembre de 2006, 1 de diciembre de 2006 y 31 de enero de 2007)»*; a lo que añade que *«esta Sala ha declarado, en relación con el deber de motivación, que no constituye un defecto de naturaleza sustancial que permita anular la sentencia el hecho de no relacionar la actividad probatoria de una manera completa y separada, pues basta que haga referencia a los datos fácticos que considera relevantes para extraer las pertinentes consecuencias jurídicas (SSTS de 31 de enero de 1992, 9 de octubre de 1992, 7 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 2006, 16 de noviembre de 2006, 28 de diciembre de 2006, 11 de enero de 2007, 9 de febrero de 2007 y 21 de febrero de 2007), pues la motivación únicamente exige que se expresen las razones de hecho y de derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión (STS 28 de febrero de 2007)»*.

Por ello, atendidos los razonamientos de la sentencia impugnada, que se sintetizan en el anterior fundamento jurídico, no cabe imputar a la sentencia recurrida falta de motivación sino el ejercicio de una función de valoración probatoria que es propia de los tribunales de instancia con la que muestra su desacuerdo la parte recurrente, la cual conoce las razones de hecho por las que llega a las conclusiones determinantes del "fallo", siendo así que lo pretendido en realidad por medio del presente motivo es una revisión probatoria impropia del recurso extraordinario, que no constituye una tercera instancia y ha de partir de la resultancia probatoria obtenida, pues lo contrario supondría una revisión total de lo resuelto por la Audiencia (sentencias de 7 febrero 2003 y 12 mayo 2005, entre otras muchas).

Por ello el motivo ha de ser rechazado.

CUARTO.- En igual defecto incurre el segundo de los motivos formulados por infracción procesal que, con igual amparo formal en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 217 (principio distributivo de la carga de la prueba) y 218 (falta de motivación de criterios de valoración probatoria).



Como afirma la sentencia de 22 julio 2008 , no se infringe el precepto regulador de la carga de la prueba aunque la parte entienda o sostenga que ha desplegado la actividad necesaria para acreditar los hechos (Sentencia de 15 de diciembre de 1999), ni tampoco sirve su cita para discutir la convicción del juez sobre la prueba practicada. (Sentencias de 30 de marzo y 10 de octubre de 1995, 19 de septiembre de 1997 y 27 de enero de 2000 , entre otras); como tampoco permite bajo su invocación volver a valorar nuevamente todo el material probatorio (Sentencias de 9 de junio de 1999, 23 de marzo de 2001 y 20 de diciembre de 2001), pues, como insistentemente ha declarado esta Sala, el artículo 1214 del Código Civil -y ahora, el artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil - no contiene regla de valoración de la prueba (Sentencia de 15 de junio de 2006, entre las más recientes, con cita de la de fecha 2 de julio de 2003).

La infracción del principio sobre distribución de la carga de la prueba se produce únicamente en los supuestos en que teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte) se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 de la LEC ; supuesto distinto del presente en el cual la Audiencia no ha declarado como no probado ningún hecho de tal carácter sino que ha efectuado una valoración probatoria que se discute por la parte al no ser conforme con ella. Así lo revela el propio recurrente cuando afirma que "la sentencia que se recurre, en definitiva, exime de carga probatoria alguna a quien reclama la indemnización, de suerte que en base a meros testimonios verbales de la parte, que califica de *elocuentes* , viene a estimar su pretensión", ello en referencia a la declaración de los técnicos intervinientes en la obra (arquitecto superior y arquitecto técnico) y las advertencias que hicieron constar en el "libro de órdenes". La única referencia que de modo correcto se hace al artículo 217 de la LEC es aquélla mediante la cual afirma la sentencia que, si el retraso se debía a causas justificadas, correspondía acreditarlo a la constructora y no lo ha hecho.

En cuanto a la nueva invocación que se hace sobre la falta de motivación han de reiterarse los razonamientos expresados en relación con el anterior motivo y la imposibilidad de pretender ahora una revisión general de la labor de valoración de la prueba que se contiene en la sentencia impugnada.

En consecuencia, también ha de ser desestimado el presente motivo.

Recurso de casación

QUINTO.- Los dos primeros motivos del recurso se formulan por infracción de los artículos 1258 y ss., de los contratos, interpretación de los mismos y particularmente los artículos 1544 a 1588 del Código Civil, referidos al contrato de arrendamiento de obra (motivo primero) e infracción de los artículos 1100 y ss. del Código Civil, referidos a la mora en el cumplimiento de las obligaciones (motivo segundo).

Ambos motivos incurrir en el defecto casacional de plantear una impugnación abierta de lo resuelto por la sentencia impugnada y, en particular de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia, partiendo de hechos distintos a los que ha tenido en consideración para dictar la resolución que se recurre.

La sentencia de esta Sala núm. 536/2006 de 2 junio realiza un examen pormenorizado de los requisitos formales propios del recurso de casación y, en concreto, señala cómo resulta contraria a la propia naturaleza y alcance del mencionado recurso la falta de identificación de la norma o jurisprudencia infringidas, su identificación insuficiente o la ausencia de una fundada relación entre la norma o sentencias citadas y la cuestión planteada; los intentos de buscar una tercera instancia, con nueva valoración conjunta de la prueba por esta Sala, por el método de citar cualesquiera normas o sentencias con alguna relación, por remota que fuera, con las cuestiones litigiosas.

En suma no cabe aprovechar la casación para realizar una impugnación abierta y general de lo resuelto en la instancia (sentencias de 2 noviembre 2000, 18 de junio de 2001 y 12 marzo 2003 , entre otras), y esto es lo pretendido en realidad por la parte ahora recurrente que, disconforme con la valoración probatoria efectuada, parte ahora de sus propias conclusiones acerca de los hechos que debieron tenerse como probados para denunciar de modo genérico e inconcreto determinadas infracciones jurídicas para, en definitiva, formular un nuevo escrito de alegaciones impropio en este estado del proceso.

En consecuencia, ambos motivos han de ser rechazados.

SEXTO.- Tras el motivo tercero, que no fue admitido, el cuarto vuelve a incidir en igual defecto al denunciar la infracción de los artículos 1152 y *siguientes* del Código Civil , referidos a la cláusula penal de las obligaciones y jurisprudencia que los interpreta, para afirmar que la cláusula penal no debió ser aplicada, ni siquiera moderada como entendió la Audiencia, por el hecho de que no existe incumplimiento culpable por su parte.

El motivo se rechaza, en primer lugar porque incurre en el defecto de referirse como infringida a determinada norma "y *siguientes*" lo que adolece de falta de la necesaria precisión acerca del precepto que se considera



vulnerado, habiendo declarado esta Sala en sentencia de 11 de marzo de 2000, seguida por otras como las de 4 junio 2003 y 24 enero 2006, con el precedente de las de 3 septiembre 1992, 4 octubre 1996, 7 diciembre 1998 y 2 diciembre 1999, que la cita de la norma o normas infringidas no puede hacerse *«mediante fórmulas como "y siguientes", "y concordantes" u otra similar, ya que no es misión de esta Sala de casación indagar cuál pueda ser la norma que el recurrente crea vulnerada»*. En segundo lugar, porque hace supuesto de la cuestión en cuanto vuelve a incidir la parte recurrente en la afirmación de que no ha existido por su parte incumplimiento de obligaciones contractuales cuando la Audiencia constató y tuvo por probado que existió un retraso culpable en la ejecución de la obra, lo que determinaba la aplicación de la cláusula penal contractualmente establecida, por lo que únicamente cabría estimar que se ha conculcado el artículo 1152 del Código Civil, definidor de los efectos de la cláusula penal, cuando el incumplimiento que reclama su aplicación no se hubiera tenido por probado.

Como recuerda la sentencia de 21 noviembre 2008 constituye un defecto de técnica casacional "hacer supuesto de la cuestión" que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida (sentencias 20-2-92, 6-11-92, 12-11-92, 2-12-93, 29-12-98, 28-9-99 y 5-7-2000) o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia (sentencias 15-11-95 y 24-3-95) o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos (sentencias de 25-2-95, 30-5-95 y 14-7-97), todo ello sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida a través del cauce legalmente establecido para ello.

SÉPTIMO.- Los mismos defectos de formulación han de predicarse del siguiente motivo quinto en tanto denuncia la infracción de los artículos 1195 y *siguientes* del Código Civil, relativos a la compensación de deudas, ya que en primer lugar no precisa la norma que se estima infringida y, en segundo lugar, combate innecesariamente la operación de compensación que la sentencia ha llevado a cabo en relación con las cantidades que recíprocamente se deben las partes, lo que ni siquiera queda justificado mediante la alegación de que tal infracción deriva subsidiariamente de las antes denunciadas. La compensación procede por virtud de la concurrencia de créditos recíprocos (artículo 1195 Código Civil) y si por efecto del presente recurso en cuanto a alguno de sus anteriores motivos se hubiera estimado que tal concurrencia no existía por no deber nada la parte recurrente, es claro que la compensación operada por la Audiencia habría quedado sin efecto.

Igual suerte desestimatoria corresponde al motivo sexto que denuncia la infracción de los artículos 7.1 y concordantes del Código Civil sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos y la doctrina de los actos propios, porque el hecho de que la obra conste entregada, según certificado final y recepción provisional de la misma *"encontrándola correcta, conforme al Proyecto y a las órdenes dadas por la Dirección Facultativa"* no implica por parte del dueño de la obra renuncia al ejercicio de acciones futuras ni siquiera referidas a la corrección de la ejecución ante la posible aparición de vicios que se manifiesten con posterioridad y tampoco la renuncia al ejercicio de tales acciones por el retraso padecido, pues el mismo resulta plenamente acreditado por la simple observación de la fecha de finalización prevista en el contrato y la de la entrega efectiva, sin que el mero hecho de la recepción pueda comportar la realización de un "acto propio" con los efectos jurídicos que la jurisprudencia le reconoce en relación con el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos y nada obligaba a realizar una expresa reserva de acciones por el hecho de la recepción.

Como recuerda la sentencia de esta Sala de 4 noviembre 2008 *«lo característico de los actos propios, conforme a la propia jurisprudencia que se cita en el motivo, es la conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, y también el efecto de confianza que tales actos generen en su destinatario de buena fe»* y en el presente caso ni existe tal conciencia ni se puede generar dicho efecto de confianza por no haber hecho referencia alguna al retraso producido, precisamente porque tal alusión resultaba innecesaria a no ser que, desde la perspectiva contraria, el dueño de la obra hubiera reconocido y expresado al momento de la recepción que el retraso en la construcción había quedado debidamente justificado.

Por último, también ha de ser desestimado el motivo séptimo que se refiere a la improcedente remisión, y aplicación, de doctrina jurisprudencial relativa al contenido obligacional y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de entrega de la cosa vendida previstas en el artículo 1468 del Código Civil; pues, con independencia de que tal cita jurisprudencial realizada por la Audiencia se acomode al caso presente, es lo cierto que se trata de un argumento "ex abundantia" que en forma alguna constituye la "ratio decidendi" de la sentencia por lo que resulta inocua e improcedente su conversión en un motivo casacional. El recurso se da contra el fallo, y los argumentos de la resolución recurrida que constituyan «ratio decidendi», no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos «dialécticos», «obiter», «de refuerzo», o «a mayor abundamiento» (sentencias de 23 marzo, 7 y 21 septiembre 2006; 9 abril, 17 y 18 septiembre 2007, y 22 diciembre 2008).



OCTAVO.- Procede por ello la desestimación de ambos recursos con imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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** a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de **Cyfes S.A.** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) con fecha 24 de noviembre de 2003 , dimanante de autos de juicio ordinario número 360/02 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de dicha ciudad a instancia de la parte hoy recurrente contra **Compostela Beach S.A.**, la que **confirmamos** condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el referido recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Jose Almagro Nosete.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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.