



Roj: **STS 3720/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3720**

Id Cendoj: **28079110012017100532**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2017**

Nº de Recurso: **1199/2015**

Nº de Resolución: **556/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1420/2015,**  
**STS 3720/2017,**  
**AATS 2676/2018**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 16 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 74/2015 por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1680/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Javier Roldán García en nombre y representación de Arción S.A. Construcciones, Sociedad en Concurso, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Federico Gordo Romero en calidad de recurrente y el procurador don Armando García de la Calle en nombre y representación de Catalunya Banc S.A, en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Carlos Aznar Gómez en nombre y representación de Roig Grupo Corporativo S.L, y Parking Roig S.L, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Arción S.A. Construcciones, Banco Español de Crédito (Banesto) y Catalunya Banc S.A, asistido del letrado don José Querol Sancho y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Que estimando la demanda,:

»Declare que existe sustracción de sucesión y que los demandados deben restituir la posesión y la propiedad el inmueble a mis representados a razón de una mitad para el Sr. Leonardo y de una sexta parte para cada uno de los Sres. Romulo, Urbano y Noelia, como únicos herederos que no han sustraído el bien y privando a los demandados de cualquier derecho sobre el inmueble.

»Declare que la escritura de agrupación y compraventa de 26 de mayo de 2004 es nula de pleno derecho y ordene la cancelación de las inscripciones del registro de la propiedad de Alcudia efectuadas en virtud de dicha escritura y ordenen la inscripción de la finca a favor de mis representados a razón de 1/2 para el Sr. Leonardo y de una sexta parte para cada uno de los Sres. Romulo, Urbano y Noelia.

»Declare que los demandados deben abonar a mis representados 223.800 ? como indemnización por los daños y perjuicios causados por la privación del uso legítimo de la propiedad durante más de 7 años, más 29.909,65 ? en concepto de intereses.



»Condene a los demandados a las costas del procedimiento.

»Subsidiariamente, dicte sentencia por la que estimando la demanda,;

»Declare que existe ausencia de consentimiento y/o simulación en la escritura de agrupación y compraventa de 26 de mayo de 2004, y que los demandados deben restituir la posesión y la propiedad el inmueble a mis representados a razón de una tercera parte para el Sr. Leonardo y de una novena parte para cada uno de los Sres. Romulo , Urbano y Noelia .

»Declare que la escritura de agrupación y compraventa de 26 de mayo de 2004 es nula de pleno derecho y ordene la cancelación de las inscripciones del registro de la propiedad de Alcudia efectuadas en virtud de dicha escritura y ordene la inscripción de la finca a favor de mis representados a razón de una tercera parte para el Sr. Leonardo y de una novena parte para cada uno de los Sres. Romulo , Urbano y Noelia .

»Declare que los demandados deben abonar a mis representados 149.200 ? como indemnización por los daños y perjuicios causados por la privación del uso legítimo de la propiedad durante más de 7 años, más 19.939,77 ? en concepto de intereses.

»Condene a los demandados a las costas del procedimiento».

**SEGUNDO** .- El procurador don Javier Roldán García, en nombre y representación de Arción S.A. Construcciones, contestó a la demanda, asistido del letrado don Pedro J. Rodríguez Alcalá y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«En la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda planteada contra mi representada, con expresa imposición de costas a la demandante».

En el mismo escrito formuló demanda reconvenional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando:

«Acuerde condenar a Roig Grupo Corporativo S.L. y Parking Roig S.L, al pago a mi mandante de la cantidad de NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON CUATRO céntimos (97.643,04 ?), con imposición de los intereses de demora recogidos en la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad, desde las fechas en que debieron abonarse la cantidades reclamadas, hasta la fecha en que se produzca el pago total del principal adeudado, todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en la reconvencción».

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Aznar Gómez en nombre de Roig Grupo Corporativo S.L. y Parking Roig S.L. debo absolver y absuelvo a Arción S.A. Construcciones, a Catalunya Banc S.A. y a Banco Español de Crédito S.A. (Banesto) con imposición de las costas de las demandadas a la parte actora.

»Y estimando la reconvencción formulada por la representación procesal de Arción S.A. Construcciones debo condenar y condeno a Roig Grupo Corporativo S.L. y a Parking Roig S.L. al pago de 97.643,04 euros más los intereses de demora de la Ley 3/2004 desde las fechas en que debieron abonarse las cantidades reclamadas hasta la fecha del total pago con imposición de las costas de la reconvencción a Roig Grupo Corporativo S.L. y a Parking Roig S.L.».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y demandada en reconvencción, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1. Estimamos en parte el recurso interpuesto por Roig Grupo Corporativo S.L. y Parking Roig S.L.

»2. Revocamos parcialmente la sentencia apelada y:

»A) Estimamos en parte la demanda interpuesta por Roig Grupo Corporativo S.L. y Parking Roig S.L. contra Arción Construcciones S.A., Catalunya Banc S.A. y a Banco Español de Crédito S.A. (Banesto).

»C) Condenamos a Arción Construcciones S.A. a pagar a Roig Grupo Corporativo S.L. y Parking Roig S.L. la cantidad de 463.053,99 euros con los intereses legales desde la fecha de la demanda.

»D) Absolvemos a Catalunya Banc S.A. y a Banco Español de Crédito S.A. (Banesto) de las pretensiones formuladas frente a ella.



- »E) No hacemos expresa condena en costas.
- »3. No hacemos expresa condena en costas en este recurso.
- »4. Decretamos la devolución del depósito constituido para recurrir».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Arción S.A. Construcciones, Sociedad en Concurso, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal, con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC , por infracción del artículo 218.1 LEC . Segundo.-Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC , por infracción del artículo 218.1 en relación con el artículo 465.5 LEC . Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4.º por infracción del artículo 24 CE por error patente y notorio en la valoración de la prueba en relación con la procedencia de la penalización por retrasos. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del artículo 1281 párrafo primero del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla, en relación con la interpretación realizada del Anexo al contrato, de 10 de diciembre de 2009. Segundo.- Infracción del artículo 1152 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla. Tercero.- Infracción de los artículos 7 y 1258 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 17 de mayo de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Roig Grupo Corporativo S.L. presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de septiembre del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la responsabilidad derivada de una cláusula de penalización por el retraso en la ejecución de la obra, cuyo contrato fue objeto de una posterior modificación.

2. En síntesis, la entidad Roig Grupo Corporativo S.L. y Parking Roig S.L., promotora y aquí recurrida, formuló una demanda contra la entidad Arción S.A., constructora y aquí recurrente, por la que solicitaba que fuera condenada al pago de 2.776.000 €, más los intereses correspondientes desde la interpelación judicial, en concepto de indemnización por el retraso de la ejecución de la obra, y al pago de 103.097,03 € en concepto de trabajos contratados para subsanar deficiencias observadas y trabajos no realizados en dicha obra.

La demandada se opuso a la demanda y formuló demanda reconvenzional por la que le solicitaba que la demandante fuera condenada al pago de 97.643,04 € en concepto de trabajos certificados y no abonados, más los intereses de demora contemplados en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

3. A los efectos que aquí interesan, hay que destacar el siguiente contenido de los contratos objeto de la presente *litis*.

I) Contrato de ejecución de obra, de 23 de octubre de 2007.

«[...] Cláusula Vigésima. Penalizaciones.

»I.- Cualquier retraso con respecto al plazo de ejecución establecido en las estipulaciones novena y decimoséptima del presente contrato dará lugar a una penalización de DOS MIL DOSCIENTOS EUROS (2.200,00 por día natural a favor del PROMOTOR, siempre que dicho retraso sea por causas imputables al CONSTRUCTOR y teniendo como tope máximo 50.000 euros, quedando además obligado el CONSTRUCTOR a asumir el coste de los honorarios de la Dirección Facultativa devengados durante el período de tiempo correspondiente a dicho retraso, deduciéndose su importe de la Última certificación de obra.

II.-Así mismo, se establece una penalización por retraso en el pago de certificaciones de obra del Euribor + 2 puntos por 100, siempre que dicho retraso sea por causas imputables al PROMOTOR, y sólo cuando dicho retraso sea inferior a un mes, siendo de aplicación el interés de demora legalmente previsto en caso de retrasos superiores».

II) Anexo al anterior contrato, de 10 de diciembre de 2009.

«EXPONEN:



»1.º Que en fecha 27 de octubre de 2009 el Promotor notificó al constructor la resolución citado contrato de obra por incumplimiento del plazo de entrega (31 de marzo de 2009), retraso en la ejecución de las obras sobre el plazo fijado. Dicha notificación fue contestada por el Constructor mediante escrito de 4 de noviembre de 2009, en el cual mostró disconformidad más absoluta con que el retraso en las obras le fuera imputable. Sin perjuicio de lo pactado seguidamente ambas partes se ratifican en sus respectivas posturas al respecto de las causas del citado retraso.

»2.º.- El Promotor notificó por conducto notarial el acta de liquidación de la obra Constructor, el cual manifiesta su disconformidad con dicha liquidación y anuncia que contestará debidamente a dicha liquidación y recuerda al promotor que están pendientes entrega los pagarés por la obra certificada de los meses de septiembre, octubre y noviembre, quien se ratifica en la liquidación remitida que incluye la deducción por obra pendiente de pago.

»3.º.- Sin perjuicio de que ninguna de las partes renuncia a reclamar las penalizaciones pactadas en el contrato inicialmente suscritas devengadas desde el 31 de marzo de 2009 hasta, el 27 de octubre de 2009, y sin que suponga renuncia alguna a la indemnización referenciada en el anterior exponiendo, se establece como fecha de terminación de las siguientes partidas.

Fecha de terminación.

EDIFICIO VIVIENDAS excepto entreplanta el 10 de septiembre de 2010.

PARKING y LOCALES y entreplanta a 31 de diciembre de 2.010.

4.º.-I.- Sin perjuicio de lo anterior ambas partes renuncian de forma expresa a reclamar y percibir indemnización o penalización alguna por los daños que les cause la ampliación de plazo pactada en el presente documento; es decir, nada tendrán que reclamarse, en ningún concepto, por la ampliación del plazo de ejecución acordada en el exponen anterior, a excepción de lo señalado en los siguientes apartados del presente exponiendo».

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenzional.

Consideró que se adeudaban las certificaciones de noviembre y diciembre de 2011, y que la demandante no había acreditado las deficiencias en la ejecución de la obra contratada.

Respecto al retraso en la ejecución de la obra, y en atención a los informes periciales aportados, consideró que dicho retraso no le era imputable a la constructora, por lo que no procedía la imposición de la pena prevista en el contrato de obra.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación y revocó parcialmente la sentencia de primera instancia. En este sentido, con estimación en parte tanto de la demanda principal como de la demanda reconvenzional, condenó a la demandada al pago de 463.053,99 ? en concepto de penalización por el retraso de la obra y al pago de 103.097,03 ? por las deficiencias de la ejecución que tuvieron que ser subsanadas o reparadas. A su vez, condenó a la demandante al pago de 97.643,04 ? por las certificaciones pendientes de pago.

En relación a la penalización por el retraso de la obra concluyó lo siguiente:

«[...] Por ello, como la renuncia no se extendió a las penalizaciones por retraso en el periodo de 1 de abril a 27 de octubre de 2009, la demandada Arción, debe pagar a la actora en ese concepto la cantidad de 457.600 ? (208 días) pendientes, con independencia de quien fuera el responsable del retraso en las obras en ese período, las partes expresamente llegaron a un acuerdo en esos términos y mantuvieron la vigencia del contrato con las modificaciones introducidas en el anexo de 10 de diciembre de 2009, que vinculan a las partes en los términos que en ese anexo al contrato pactaron».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** La recurrente interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en tres motivos.

1. En el motivo primero, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC , denuncia la infracción del artículo 218. 1 LEC . Argumenta que la sentencia recurrida condena a la recurrente a pagar la cantidad de 457.600 euros en concepto de penalización por retraso en la ejecución de la obra contratada con base en hechos que no fueron alegados de contrario durante el procedimiento y frente a los cuales, la parte recurrente no ha podido defenderse. Sostiene que la sentencia recurrida realiza una interpretación del contenido del anexo al contrato inicial firmado por la parte el 10 de diciembre de 2009 errónea, pues no analiza si Arción es o no responsable de los retrasos alegados o si han existido dichos retrasos para que deba aplicarse la penalización, sino que



se apoya para condenarla en un hecho no alegado por las partes demandantes, como es que su derecho a percibir la penalización por retrasos reclamada deriva de lo pactado por las partes en el Anexo al contrato de 10 de diciembre de 2009, lo que supone una alteración esencial de los términos del debate que conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

## 2. El motivo debe ser estimado.

Como puede observarse en la demanda de la promotora y en la contestación de la constructora (hechos segundo, tercero, cuarto, séptimo, octavo y décimo tercero de la demanda, y tercero de la contestación), la causa de pedir quedó concretada en el hecho del retraso de la ejecución de la obra imputable a la constructora y, en consecuencia, la responsabilidad patrimonial derivada de la cláusula penal prevista, a tales efectos, en el contrato originario de 23 de octubre de 2007 y, por tanto, antes de la ampliación del plazo de ejecución acordado por el anexo de 10 de diciembre de 2009.

La sentencia recurrida, al basar la *ratio decidendi* de la indemnización concedida en el acuerdo del anexo de 10 de diciembre de 2009 «con independencia de quien fuera responsable del retraso en las obras en el período controvertido» se aparta de la causa de pedir y altera de un modo esencial los términos del debate planteado, por lo que incurre en incongruencia *extra petita*.

3. La estimación del motivo comporta la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 7.ª LEC, al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, procede asumir la instancia y dictar nueva sentencia, «teniendo en cuenta en su caso, lo alegado como fundamento del recurso de casación».

4. Conforme al fundamento del recurso de apelación, interpuesto por la demandante, Roig Grupo Corporativo S.L y Parking Roig S.L, como a las alegaciones vertidas en el recurso de casación por la demandada, Arción S.A. Construcciones, procede que esta sala se pronuncie sobre la cuestión central acerca de la posible imputación a la constructora del retraso en la ejecución de la obra contratada.

A juicio de esta sala, la valoración de la prueba pericial aportada que realiza la sentencia de primera instancia resulta correcta y acertada.

En primer lugar, en sentido contrario a lo alegado por la demandante apelante, porque las dudas de imparcialidad que al juzgado de primera instancia le suscitan los dos informes periciales presentados por la demandante, realizados por el propio arquitecto autor del proyecto y director de la obra, y por dos intervinientes en la dirección de la ejecución de la obra, no resulta arbitraria, ni absurda, pues tienen un claro interés en salvaguardar su posible responsabilidad en el retraso acaecido en la ejecución de la obra.

En segundo lugar, porque el informe pericial de la demandada resulta más convincente y fundamentado. En este sentido, no sólo destaca que del informe de la contraparte relativo a los retrasos de la obra ya se infiere que parte de los mismos no fueron responsabilidad de la constructora, sino que constata y detalla que se ejecutaron numerosas unidades de obra y actuaciones no previstas en el proyecto de ejecución y que fueron pagadas o aceptados los precios contradictorios; así como claras indefiniciones en el proyecto inicial que afectaron al plazo de ejecución de la obra (sellado del pozo preexistente, modificaciones en la instalación de bombas de alivio, aumento de las fases en la ejecución de la losa de cimentación, replanteo de las plazas de garaje, incorporación de un nuevo depósito, etc.).

Por lo que respecta a lo alegado por la demandante apelante con relación a los defectos y trabajos no ejecutados, esta sala también considera que el informe pericial de la demandada resulta más convincente y concluyente, pues dichos trabajos pendientes de realizar no están recogidos en el proyecto inicial, ni en sus posteriores modificaciones.

Por lo que no siéndole imputable a la constructora el retraso, ni los defectos y trabajos no realizados en la ejecución de la obra, de acuerdo con la cláusula 20.ª del contrato de 23 de octubre de 2007, no cabe apreciar penalización alguna al respecto. De forma que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, Roig Grupo Corporativo S.L y Parking Roig S.L, y confirmar la sentencia de primera instancia.

## **TERCERO.- Costas y depósitos.**

1. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que, en cuanto a las costas, se impongan a la demandante, Roig Grupo Corporativo S.L y Parking Roig S.L, las de su recurso de apelación, que resulta desestimado, y no se impongan las de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, al resultar estimado el primero de ellos y anular la sentencia recurrida, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



## FALLO

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

**1.** Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Arción S.A Construcciones contra la sentencia dictada, con fecha 5 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación núm. 74/2015 . **2.** Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar dictamos nueva sentencia por la que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad, Roig Grupo Corporativo S.L, y Parking Roig S.L, contra la sentencia, de 18 de noviembre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2, de Valencia , dictada en el procedimiento ordinario núm. 1680/2012, que confirmamos. **3.** Condenar a la parte apelante al pago de las costas del recurso de apelación. **4.** No hacer imposición de las costas correspondientes a los recursos extraordinarios interpuestos. **5.** Ordenar la devolución de los depósitos constituidos a la parte recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondientes con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CEND