



Roj: **STS 902/2019 - ECLI:ES:TS:2019:902**

Id Cendoj: **28079110012019100164**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2019**

Nº de Recurso: **1594/2016**

Nº de Resolución: **175/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 2963/2015,**
STS 902/2019,
AATS 7322/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 175/2019

Fecha de sentencia: 21/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1594/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1594/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 175/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 21 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Málaga. Los recursos fueron interpuestos por la entidad La Reserva de Marbella, S.L., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Arturo Muñoz Aranguren. Es parte recurrida la entidad Bruesa Construcción S.A., representada por la procuradora Yolanda Ortiz Alfonso y bajo la dirección letrada de Enrique U. Rico Gámir.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador José Domingo Corpas, en nombre y representación de la entidad Bruesa Construcción S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Málaga, contra la entidad La Reserva de Marbella S.A., para que se dictase sentencia:

"estimatoria, por la que se condene a la demandada a pagar a la mercantil demandante la cantidad de dieciséis millones, seiscientos ochenta y nueve mil, setecientos cuarenta y dos euros, con treinta y tres céntimos de euro (16.689.742,33 €), más otra cantidad a concretar en ejecución de sentencia por daños y perjuicios causados a esta parte y que son detallados en el presente escrito, conforme a las bases con arreglo a las cuales se debe efectuar la liquidación (el resultado de aplicar un porcentaje del 1% sobre la cantidad a la que finalmente sea condenada la mercantil demandada), junto con los intereses legales al tipo correspondiente, además de a la no ejecución de los avales bancarios adjuntados al contrario y anexo modificadorio acompañados como documentos nº 4 y 5 con la presente demanda (y que de los correspondientes a los nº NUM000 , de 13 de noviembre de 2008, nº NUM001 , de 23 de octubre de 2006, y nº NUM002 , de 25 de octubre de 2006, respectivamente prestados por las entidades "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria", "Caixa de Cataluña" y "Banco Pastor", se interesa por medio de otrosí la suspensión de su ejecución); y con la imposición de las costas que se causen en el juicio".

2. El procurador Rafael Rosa Cañadas, en representación de la entidad La Reserva de Marbella, S.L, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime, íntegramente, la demanda de la actora con expresa condena en costas a la actora".

En el mismo escrito formuló reconvenición y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que: 1º.- Se declare resuelto el contrato de ejecución de obra del Hotel Hydros entre mi mandante y Bruesa Construcción S.A.

"2º.- Se declare la existencia de un saldo neto a favor de Bruesa, como consecuencia de la obra del "Hotel Hydros", de 1.381.039,54€ (IVA incluido) y la existencia de un saldo neto a favor de mi representada, como consecuencia de la obra del "Hotel Polinesia", de 4.011.568,42 € (IVA incluido).

"3º.- Se condene a Bruesa a abonar a mi mandante el saldo neto final resultante de la liquidación de ambas relaciones jurídicas (ejecución de obra del "Hotel Polinesia" y del "Hotel Hydros"), ascendente a 2.630.528,88 € (IVA incluido), más intereses legales correspondientes desde la fecha de esta reconvenición.

"4º.- Se condene a Bruesa a entregar a mi mandante la documentación técnica a que se refieren los docs 1 y 2 de esta reconvenición.

"5º.- Se condene a Bruesa al pago de las costas de la reconvenición".

3. El procurador José Domingo Corpas, en nombre y representación de la entidad Bruesa Construcción S.A., contestó a la reconvenición y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que para con mi representada, se desestime la misma en su totalidad (con la estimación en su caso, de alguna de las excepciones alegadas) o en parte, y con la imposición a la reconviniente de las costas que se causen".

4. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Málaga dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: - Que estimando parcialmente la demanda presentada a instancia de Bruesa Construcción S.A., representada por el Procurador Sr. Domingo Corpas y Letrado Sr. Rico Gámir, y demandada y actora



reconviniente La Reserva de Marbella S.L. (antes S.A.), representada por el procurador Sr. Rosa Cañadas y Letrado Sr. Pelayo Jiménez, debo condenar y condeno a la demandada La Reserva de Marbella S.L., a abonar a la actora la cantidad de nueve millones quinientos treinta y cinco mil ciento veintiocho euros con dos céntimos, incluido IVA (9.535.128,2 euros) de principal, de los que 6.888.764,3 euros corresponden al Hotel Polynesia y 2.646.363,9 euros, al Hotel Hydros, cantidad que deberá ser incrementada con los intereses legales que correspondan desde la interposición de la demanda, hasta el dictado de la sentencia, incrementados en dos puntos, desde el dictado de esta resolución hasta su completo pago.

"- Que estimando parcialmente la demanda reconvenicional formulada por La Reserva de Marbella S.L. (antes S.A.), representada por el Procurador Sr. Rosa Cañadas y Letrado Sr. Pelayo Jiménez, contra Bruesa Construcción S.A. representada por el Procurador Sr. Domingo Corpas y Letrado Sr. Rico Gámir, se acuerda resolver el contrato de ejecución de obras suscrito entre las partes sobre el Hotel Hydros en fecha 12 de junio de 200 (sic). Se reconoce un crédito a favor de la actora reconviniente por importe de un millón trescientos sesenta y cuatro mil veinticuatro euros, incluido IVA (1.364.024 euros) y en relación al Hotel Polynesia, si bien esta cantidad ha sido compensada y descontada de la cantidad reconocida a la actora en la demanda principal.

"En cuanto a costas derivadas de la demanda principal y demanda reconvenicional, cada parte abonará las causadas a su instancia".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad La Reserva de Marbella S.A.

2. La resolución de este recurso correspondiente a la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y reconviniente, entidad mercantil La Reserva de Marbella, S.A., y estimando la impugnación deducida por la parte demandante y reconvenida, la entidad mercantil Bruesa Construcción, S.A., ambos contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2012 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Málaga, en los autos de Juicio Ordinario nº 2353/2009, de los que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en los siguientes términos:

"1.- Se modifica el importe de la condena dineraria impuesta a la entidad mercantil La Reserva de Marbella, S.A., como consecuencia de la estimación parcial de la demanda interpuesta contra aquella por la entidad mercantil Bruesa Construcción, S.A., previa a la compensación (10.899.152,2 euros), quedando establecido el importe de dicha condena en la cantidad de ocho millones seiscientos cuarenta y nueve mil novecientos cuarenta y nueve euros con cuarenta céntimos (8.649.949,4), resultado de descontar de aquel importe las cantidades de 1.495.291,63 euros y de 753.911,17 euros, conforme a lo establecido en el Fundamento de Derecho Cuarto y Séptimo de la presente resolución.

"2.- Como consecuencia de la estimación parcial de la demanda reconvenicional formulada por la entidad mercantil La Reserva de Marbella, S.A. contra la entidad mercantil Bruesa Construcción, S.A., se condena a la reconvenida a abonar a aquella: a) la cantidad de cinco millones ciento treinta y cinco mil veintidós euros con cuarenta y ocho céntimos (5.135.022,48), resultado de incrementar el importe de la condena establecida en la sentencia de primera instancia (1.364.024 euros) con las cantidades de 2.140.000 euros y 1.630.998,48 euros, conforme a lo establecido en los Fundamentos de Derecho Tercero y Quinto de la presente resolución; y b) la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como importe de las obras necesarias para la reparación de las deficiencias constructivas apreciadas en el Hotel Polynesia, consistentes en humedades bajo cubierta invertida e inundación en la entrada, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución.

"Más los intereses legales de las referidas cantidades desde la respectiva interpelación judicial hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia, por lo que respecta a las cantidades líquidas objeto de condena, devengando intereses las cantidades resultantes de la liquidación prevista para la ejecución de sentencia a partir de la fecha de su efectiva liquidación. Con mantenimiento del pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

"Ello sin expresa imposición de las costas de la segunda instancia. Acordándose la devolución del depósito prestado por la parte apelante para recurrir en apelación".

3. Instada la aclaración y complemento de la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.^a, dictó auto de aclaración de fecha 4 de marzo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:



"Se complementa la sentencia nº 654/2015, de fecha 15 de diciembre de 2015, dictada en el Rollo de Apelación nº 345/2013, dimanante del proceso de Juicio Ordinario nº 2353/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Málaga, en los términos expresados en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de la presente resolución".

Como consecuencia del auto de aclaración mencionado, el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 15 de diciembre de 2015, queda redactado de la siguiente forma:

"Fallamos: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y reconviniendo, entidad mercantil La Reserva de Marbella S.A. y estimando la impugnación deducida por la parte demandante y reconviniendo, la entidad mercantil Bruesa Construcción S.A., ambos contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2012 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Málaga, en los autos de Juicio Ordinario nº 2353/2009, de los que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en los siguientes términos:

"1.- Se modifica el importe de la condena dineraria impuesta a la entidad mercantil La Reserva de Marbella S.A., como consecuencia de la estimación parcial de la demanda interpuesta contra aquella por la entidad mercantil Bruesa Construcción, S.A., previa a la compensación (10.899.152,2 euros), quedando establecido el importe de dicha condena en la cantidad de seis millones veintinueve mil trece euros con cuarenta y siete céntimos (6.029.013,47), resultado de descontar de aquel importe las cantidades de 2.485.229,08 euros, 1.630.998,48 euros y 753.911,17 euros, conforme a lo respectivamente establecido en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Séptimo de la presente resolución. Acordándose además la reducción de la expresada condena dineraria por la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como importe de las obras necesarias para la reparación de las deficiencias constructivas apreciadas en el Hotel Polynesia, consistentes en humedades bajo cubierta invertida e inundación en la entrada, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución.

"2.- Como consecuencia de la estimación parcial de la demanda reconvencional formulada por la entidad mercantil La Reserva de Marbella S.A. contra la entidad mercantil Bruesa Construcción S.A., se condena a la reconviniendo a abonar a aquella: a) la cantidad de tres millones quinientos cuatro mil veinticuatro euros (3.504.024), resultado de incrementar el importe de la condena establecida en la sentencia de primera instancia (1.364.024 euros) con la cantidad de 2.140.00 euros, conforme a lo establecido en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución.

"Más los intereses legales de las referidas cantidades desde la respectiva interpelación judicial hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia, por lo que respecta a las cantidades líquidas objeto de condena, devengando intereses las cantidades resultantes de la liquidación prevista para la ejecución de sentencia a partir de la fecha de su efectiva liquidación. Con mantenimiento del pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

"Ello sin expresa imposición de las costas de la segunda instancia. Acordándose la devolución del depósito prestado por la parte apelante para recurrir en apelación".

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Rafael Rosa Cañadas, en representación de La Reserva de Marbella S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 218.1 LEC .

"2º) Infracción del art. 218.1 LEC .

"3º) Infracción del art. 24.1 CE .

"4º) Infracción del art. 24.1 CE ".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción por aplicación indebida del art. 58 LC y doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 15 de abril, 30 de mayo y 24 de julio de 2014 .

"2º) Infracción de los arts. 1091, 1098, 1101 y 1486 Código Civil y doctrina jurisprudencial sobre la procedencia de la disminución proporcional del precio en razón de los vicios e incumplimiento contractual (motivo subsidiario al primero).



"3º) Infracción de los arts. 1100, párrafo primero , y 1108 del Código Civil y doctrina jurisprudencial sobre la regla " *in illiquidis non fit mora* "".

2. Mediante diligencia de ordenación la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad La Reserva de Marbella, S.L., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo; y como parte recurrida la entidad Bruesa Construcción S.A., representada por la procuradora Yolanda Ortiz Alfonso.

4. Esta sala dictó auto de fecha 4 de julio de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de La Reserva de Marbella, S.L. contra la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Cuarta, en el rollo de apelación n.º 345/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 2353/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Málaga".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bruesa Construcción S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antecedentes

1. Entre Bruesa Construcción, S.A. (en adelante, Bruesa) y La Reserva de Marbella, S.L. (en adelante, La Reserva) mediaban dos relaciones contractuales de ejecución de obra con suministro de materiales, en las que Bruesa era la contratista y La Reserva la comitente de la obra. De una parte, el contrato de 12 de junio de 2006, para la construcción del Hotel Galeón (ahora, Hydros); y, de otra, el contrato de 14 de junio de 2006, para la construcción del Hotel Polynesia.

2. En noviembre de 2009, Bruesa presentó una demanda contra La Reserva en la que reclamaba, en lo que ahora interesa, un crédito de 13.498.330,25 euros proveniente de la ejecución de obras del Hotel Polynesia; y otro crédito de 2.979.319,53 euros proveniente de la ejecución de obras del Hotel Hydros.

3. La Reserva no sólo se opuso a la demanda, sino que además planteó una reconvenición.

En relación con las cantidades provenientes del contrato de obra del Hotel Polynesia, La Reserva, después de aplicar las deducciones, penalizaciones por retraso e indemnizaciones por vicios y defectos en la construcción, entendía que no sólo no debía nada, sino que tenía un crédito frente a Bruesa de 4.011.568,42 euros.

Y por lo que se refiere del crédito proveniente de las obras del Hotel Hydros, La Reserva entendía que había que aplicar penalizaciones por retraso y reducciones por indemnización de vicios y defectos, que reducían dicho crédito a 1.381.039,54 euros.

Consiguientemente, en su reconvenición, La Reserva pedía la compensación de un crédito con otro, y que la demandada reconvenida, Bruesa, fuera condenada a pagarle 2.630.528,88 euros.

4. Mientras estaba el pleito pendiente de su resolución en primera instancia, Bruesa fue declarada en concurso de acreedores por auto de 8 de febrero de 2011.

5. La sentencia de primera instancia, dictada el 3 de septiembre de 2012 , resolvió lo siguiente: en relación con el contrato de obra de Hotel Polynesia, después de estimar en parte la demanda y la reconvenición, cifró el crédito de Bruesa frente a La Reserva en 6.888.764,30 euros; y por lo que se refiere al contrato de obra del Hotel Hydros, el juzgado estimó la reclamación de Bruesa (2.646.363,9 euros) y rechazó las pretensiones de La Reserva de reducir el crédito. En consecuencia con los anterior, el Juzgado condenó a La Reserva a pagar a Bruesa la suma de 9.535.128,2 euros.

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por La Reserva y Bruesa aprovechó el recurso para impugnar la sentencia. Fue en esta impugnación en la que Bruesa adujo que, al estar en concurso de acreedores, no podían compensarse los créditos de una y otra parte, en aplicación del art. 58 Ley Concurso (en adelante, LC).



La Audiencia estima en parte el recurso de apelación de La Reserva y desestima la impugnación de Bruesa. En concreto, cifra el crédito de Bruesa frente a La Reserva en 6.029.013,47 euros, menos la reducción que corresponda al coste de la reparación de las deficiencias en la construcción del Hotel Polynesia consistentes en humedades bajo la cubierta invertida e inundación de la entrada, cuya cuantificación se dejaba para ejecución de sentencia. También reconoce un crédito de La Reserva frente a Bruesa de 3.504.024 euros (1.364.024 euros, por defectos, omisiones y excesos; y 2.140.000 euros, de penalidad por retraso en la terminación). Pero rechaza la compensación entre el crédito reconocido a Bruesa y el reconocido a La Reserva.

7. Frente a la sentencia de apelación, La Reserva formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cuatro motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo primero*. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 218.1 LEC), al haber incurrido en incongruencia *extra petita*.

En el desarrollo del motivo se argumenta que esta infracción se habría producido porque, según el recurrente, había solicitado tanto en la demanda reconvencional como en el recurso de apelación, que "el importe total de las partidas no ejecutadas, facturaciones duplicadas o erróneas en relación al Hotel Polynesia se descontara del precio del contrato de arrendamiento de obra a abonar por mi representada". No solicitó que se le reconociera un derecho de crédito por los importes correspondientes a esas partidas no ejecutadas, facturaciones duplicadas o erróneas en relación con el Hotel Polynesia. Sin embargo, la sentencia recurrida desatiende esta petición de descuento y reconoce un derecho de crédito que no había sido solicitado.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo primero*. Como hemos reiterado en otras ocasiones, "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir], y el fallo de la sentencia" (por todas, sentencia 173/2013, de 6 de marzo). En particular, en relación con la modalidad de incongruencia *extra petitem*, haber resuelto algo que no formaba parte del objeto del proceso, el Tribunal Constitucional puntualiza que "el juzgador está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como se hayan sido formalmente formuladas por los litigantes" (STC 182/2000, de 10 de julio). De tal forma que "no se incurre en incongruencia cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda" (sentencia 1015/2006, de 13 de octubre).

La sentencia de apelación aprecia que, frente al crédito reclamado por la contratista correspondiente a las obras del Hotel Polynesia, existían partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas, que cifra en un importe total de 1.364.024 euros. Con ello estima una de las pretensiones ejercitadas por la demandada en su contestación, que objetó, entre otras excepciones, que del crédito reclamado por la contratista por la ejecución de esas obras debía reducirse el importe correspondiente a esas partidas no ejecutadas y a las facturas duplicadas o erróneas. Pero, como denuncia la demandada ahora recurrente (La Reserva), apreciar esta objeción no podía conllevar el reconocimiento de un crédito por ese importe, que no había sido reclamado, sino la reducción del crédito de la contratista por la ejecución de esas obras, en cuanto que la excepción fue que el crédito que le correspondía a la contratista era inferior al reclamado por la existencia de partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas. La estimación de esta objeción no podía dar lugar a otra cosa que a la reducción del crédito de la contratista demandante. Si en vez de ello se le reconoce a la demandada un crédito por el importe de lo que debía ser aminorado del crédito de la contratista demandante, al margen de que pudiera considerarse improcedente, es cuando menos una exlimitación del objeto litigioso, pues la demandada no lo había pedido. Razón por la cual cabe apreciar una incongruencia *extra petitem*.

3. La estimación del motivo conlleva la deducción de esta cantidad de 1.364.024 euros del crédito reconocido a la contratista por las obras del Hotel Polynesia.

La Audiencia reconoce a la contratista un derecho de crédito por las obras realizadas en el Hotel Polynesia de 4.136.560,74 euros y otro derecho de crédito por las obras del Hotel Hydros de 1.892.452,73 euros.

Del crédito por las obras del Hotel Polynesia (4.136.560,74 euros) hay que descontar 1.364.024 euros. De tal forma que el crédito que la contratista tendría por las obras del Hotel Polynesia por ahora sería de 2.772.536,74 euros.

TERCERO. Motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal



1. *Formulación de los motivos segundo y tercero* . El *motivo segundo* se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , también por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y, en concreto, del principio de congruencia, contenido en el art. 218.1 LEC (incongruencia por exceso).

La sentencia se pronuncia sobre una cuestión, la aplicación al presente caso de la prohibición de compensación de créditos prevista en el art. 58 LC , que estaba fuera del debate procesal. Es una cuestión nueva que no se había planteado en primera instancia.

El *motivo tercero* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , por vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral e igualdad de armas entre las partes (art. 24.1 CE).

En el desarrollo del motivo expresamente se reconoce que este motivo está "en estrecha vinculación con el motivo anterior". Y se argumenta a continuación:

"La decisión de la Audiencia Provincial de resolver el recurso de apelación con arreglo a una pretensión no deducida en la primera instancia y, por tanto, admitiendo la introducción de una "cuestión nueva" en la apelación, supone la vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral, igualdad de armas procesales y defensa, protegidos por el art. 24.1 de la Constitución Española ".

Procede desestimar estos dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos segundo y tercero* . En la contestación a la demanda y reconvencción, frente a la reclamación de un crédito de la contratista por las obras del Hotel Polynesia, la demandada, junto a otras excepciones, objetó que del crédito reclamado debía detraerse la parte correspondiente a las partidas no ejecutadas y las facturas duplicadas o erróneas, y que por el retraso en la terminación de la obra debía aplicarse la penalización convenida.

La sentencia de apelación confirmó la existencia de partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas, y su cuantificación en 1.364.024 euros. Y también apreció el retraso en la terminación de la obra y la procedencia de aplicar una penalización de 2.140.000 euros. Pero no detrajo ambas cantidades del crédito que por las obras del Hotel Polynesia reconocía a la contratista, porque suponría una compensación prohibida por el art. 58 LC , pues la contratista había sido declarada en concurso de acreedores. La prohibición de compensación había sido planteada por la contratista en su impugnación a la apelación.

Ya hemos argumentado, al apreciar el motivo anterior, que la suma de 1.364.024 euros no debía ser reconocida como un crédito de la propietaria de las obras frente a la contratista, sino, conforme a lo solicitado, debía detraerse del crédito de la demandante.

Por lo que nos centraremos en si la aplicación de la prohibición de compensación respecto de la penalización por retraso (2.140.000 euros), constituye una extralimitación del objeto litigioso.

3. *Apreciar la penalización por retraso, cuantificada en 2.140.000 euros, supone reconocer que por tal concepto la propietaria de la obra tiene un derecho de crédito por ese importe frente a la contratista. La pretensión de la propietaria de la obra, al contestar a la demanda y formular la reconvencción, era que este crédito se compensara con el que pudiera ser reconocido al contratista demandante por la ejecución de la obra.*

Estimar el crédito de penalización por retraso, a favor de la propietaria de la obra, y desestimar la compensación por concurrir una prohibición de compensación del art. 58 LC no constituye, como veremos, una incongruencia, aunque en la contestación a la reconvencción no hubiera sido formulada expresamente la prohibición del art. 58 LC y sí en la impugnación al recurso de apelación. No hay incongruencia porque la situación de concurso de la contratista fue posterior al inicio del procedimiento y la procedencia de la prohibición de compensación no tutela tanto los intereses de la contratista concursada, como los del resto de sus acreedores, representados por el respeto a la *par condicio creditorum* .

Al margen de si se apreció bien o mal esta prohibición legal, su aplicación tiene un cierto carácter imperativo, esto es, no puede quedar a disposición de la concursada. Por esa razón, al tratarse de un presupuesto legal para que pueda operar la compensación pretendida en la contestación a la demanda, caso de estar en concurso uno de los titulares de los créditos que se pretenden compensar, la sentencia no incurre en la incongruencia denunciada en el motivo segundo.

Tampoco supone una "vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral, igualdad de armas procesales y defensa, protegidos por el art. 24.1 de la Constitución Española ", denunciada en el motivo tercero, porque se trata de una cuestión jurídica sobre la que la propietaria de la obra apelante pudo alegar en el trámite de oposición a la impugnación.

CUARTO. *Motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. Formulación del motivo cuarto . El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 24.1 CE , al haberse valorado de forma arbitraria o con error notorio el dictamen pericial de la Sra. Miriam .

Esta denuncia afecta al pronunciamiento de la reducción del precio por deficiencias existentes en la carpintería interior del Hotel Polynesia. La demandada (La Reserva), sobre la base de un informe pericial del Sr. Sabino , sostenía que las deficiencias en la colocación de la carpintería debían valorarse en 15.000 euros. Frente a esa tesis, la otra perito, la Sra. Miriam , afirmaba que el defecto sólo afectaba a ocho puertas y su reparación debía valorarse en 348,91 euros. La sentencia acoge esta segunda tesis, al afirmar que acepta las apreciaciones de la Sra. Miriam , pero luego concluye que procede excluir esta deficiencia.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo cuarto . Con frecuencia hemos insistido en que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia. Pero también hemos advertido que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva" (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero). Lo único que puede justificar la apreciación de este motivo, en relación con la valoración de la prueba que ha determinado la base fáctica sobre la que el tribunal de instancia ha realizado las necesarias valoraciones jurídicas que requiere la resolución del caso, es que haya incurrido en un error notorio o en arbitrariedad, o también que haya vulnerado una regla tasada de valoración de la prueba.

En nuestro caso el error es patente. En la controversia sobre los defectos en la carpintería del Hotel Polynesia, la Audiencia rechaza la valoración del perito Sr. Sabino , sobre la que se fundaba una reclamación de 15.000 euros a deducir del precio pendiente de pago, y expresamente afirma que acoge la valoración de la perito Sra. Miriam , quien reconoce que ha habido defectos en la colocación de la carpintería, pero que sólo afectan a ocho puertas, cuyo coste de reparación tasa en 348,91 euros más IVA (404,74 euros). Después de lo anterior, constituye un error evidente concluir, a continuación, que no ha quedado acreditada la existencia de tales defectos ni su cuantificación.

3. La estimación del error conlleva deducir esta cantidad de 404,74 euros del crédito reconocido a la contratista demandante por las obras del Hotel Polynesia. Si este crédito, tras la deducción practicada como consecuencia de la estimación del motivo primero, era de 2.772.536,74 euros, con la rebaja de 404,74 euros, queda reducido a 2.772.132 euros.

QUINTO. Motivos primero y segundo del recurso de casación

1. Formulación del motivo primero . El motivo denuncia la infracción, por indebida aplicación, del art. 58 LC , así como de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril , 30 de mayo y 24 de julio de 2014 , al existir una neutralización recíproca de partidas para liquidar cada contrato, y no una extinción de obligaciones por compensación.

Esta infracción se habría cometido al aplicar la prohibición de compensación del crédito que respecto de las obras del Hotel Polynesia se reconoce a la contratista (4.136.560,74 euros) con los créditos que respecto de la misma obra se reconoce a la propietaria de la obra (2.140.000 euros de penalización por retraso y 1.346.024 euros de partidas no ejecutadas, facturas duplicadas o erróneas).

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo primero . En primer lugar, y como consecuencia de la estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, hemos de centrar este motivo en la procedencia de la compensación del crédito de penalización por retraso que se reconoce a la propietaria de la obra (2.140.000 euros).

La Audiencia niega la procedencia de esta compensación por la prohibición del art. 58 LC . Pero, como se afirma en el recurso, esta prohibición de compensación no opera en supuestos, como el presente, de liquidación de una relación contractual. Así, esta sala expresamente ha excluido del régimen de prohibición de compensación del art. 58 LC los casos en que la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes (sentencia 428/2014, de 24 de julio). En realidad, más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto (sentencia 188/2014, de 15 de abril).



Eso sí, como también explica el recurrente, la liquidación operaría en el seno de cada uno de los dos contratos de obra. En concreto, en el contrato de obra del Hotel Polynesia, en el que frente al crédito de la contratista, que tras la estimación de los motivos primero y cuarto del recurso infracción procesal había quedado reducido a 2.772.132 euros, la propietaria de la obra puede deducir el importe correspondiente a las penalizaciones por retraso en la terminación de la obra, que se había cifrado en 2.140.000 euros. De tal forma que el crédito que resulta a favor de la contratista es de 632.132 euros.

Lógicamente, a esta suma habría que añadir el crédito que la contratista tiene por las obras del Hotel Hydros de 1.892.452,73 euros, lo que arroja un saldo final de 2.524.584,73 euros.

3. La estimación del motivo primero de casación hace innecesario entrar a analizar el motivo segundo, que se planteó de forma subsidiaria, para el caso que el primero fuera desestimado.

SEXTO. Motivo tercero de casación

1. *Formulación del motivo tercero* . El motivo denuncia la infracción del párrafo primero del art. 1100 CC y el art. 1108 CC , así como la jurisprudencia que los interpreta, y la regla "in illiquidis non fit mora" y su sometimiento al canon de razonabilidad. Y cita las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 y 12 de marzo de 2008 .

En el desarrollo del motivo argumenta que en un supuesto como este en que del crédito reclamado por la demandante se habría reconocido sólo un 15%, tras un proceso complejo, no debería condenarse al pago de los intereses legales desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo* . Este motivo tercero plantea si es correcto que el crédito de la contratista objeto de condena devengue intereses desde la presentación de la demanda o, en aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, desde la fecha de la sentencia.

La jurisprudencia sobre la materia se halla contenida en la sentencia 61/2018, de 5 de febrero , que la sintetiza así:

"Esta sala, a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006 , 9 de febrero , 14 de junio ; 2 de julio de 2007 , 12 de mayo 2015 , que, prescindiendo del alcance dado a la regla *in illiquidis non fit mora*, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del *dies a quo* del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado".

En su demanda, la contratista reclamaba la condena de la propietaria de la obra al pago de un crédito de 13.498.330,25 euros por la ejecución de las obras del Hotel Polynesia y otro de 2.979.319,53 por la ejecución de obras del hotel Hydros.

La sentencia de apelación, ahora recurrida en casación, reconoció un crédito de 4.136.560,74 euros, por las obras del Hotel Polynesia, y otro de 1.892.452,73 euros, por las del Hotel Hydros.

Ahora, como consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y el primer motivo de casación, el crédito por las obras del Hotel Polynesia ha quedado reducido a 632.132 euros, y se mantiene el crédito de 1.892.452,73 euros por las obras del Hotel Hydros.

La naturaleza de los dos créditos reclamados, esencialmente el precio adeudado por las obras realizadas por el contratista, junto con las objeciones formuladas por la demandada en su contestación y reconvención, que guardan relación con la improcedencia de algunas partidas y facturas reclamadas, además de la procedencia de descontar y compensar penalizaciones e indemnizaciones por una defectuosa ejecución de los trabajos, y, sobre todo, que la sentencia estima sustancialmente las pretensiones de la demandada y reduce el importe del crédito del contratista a un 15%, aproximadamente, respecto de lo solicitado en la demanda, ponen en evidencia la razonabilidad de que la cantidad objeto de condena no devengue intereses desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de apelación conforme a lo previsto en el art. 576.2 LEC . Es en esta sentencia en la que sustancialmente se determinó el crédito de la demandante, sin perjuicio de que, como consecuencia de la aplicación de la prohibición de compensación del art. 58 LC , no se procediera a la compensación judicial de los créditos que reconocía a una y otra parte.

SÉPTIMO. Costas



1. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal no procede hacer expresa condena respecto de las costas ocasionadas por este recurso (art. 398.2 LEC).
2. Estimado el recurso casación no procede hacer expresa condena respecto de las costas ocasionadas por este recurso (art. 398.2 LEC).
3. No procede alterar los pronunciamientos en costas contenidos en las sentencias de apelación y de primera instancia, pues no se han alterado sustancialmente las razones que llevaron a no imponerlas en ninguna de las dos instancias.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación formulados por La Reserva de Marbella, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 4.ª) de 15 de diciembre de 2015 (rollo núm. 345/2013), que modificamos en el sentido de reducir el crédito que Bruesa Construcción, S.A. tiene frente a La Reserva de Marbella, S.L. a la suma de 2.524.584,73 euros, menos el importe de las obras de reparación de las humedades bajo la cubierta invertida e inundación en la entrada, que se determinará en ejecución de sentencia, así como al pago de los intereses legales devengados desde la fecha de la sentencia de apelación (15 de diciembre de 2015).

2.º No hacer expresa condena en costas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

3.º Confirmar la no imposición de costas en la primera y segunda instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.