

Roj: **STS 559/2015 - ECLI:ES:TS:2015:559**Id Cendoj: **28079110012015100076**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/02/2015**Nº de Recurso: **336/2013**Nº de Resolución: **95/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 22265/2012,**  
**STS 559/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 1550/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **Tanger City Center, S.A** . representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Alejandro González Salinas; siendo parte recurrida **LV Salamanca Ingenieros, S.A.U** , representada por el Procurador de los Tribunales don Agustín Sanz Arroyo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de la mercantil LV Salamanca Ingenieros SAU contra Tanger City Center, SA..

**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 *"... dicte en su día Sentencia, por la que se declare la indebida resolución del contrato por parte de la entidad Tanger City Center, y en virtud de dicha declaración se condene a dicha entidad: - Al pago de la suma de 1.221.257 €, importe al que ascienden los honorarios correspondientes a los trabajos ejecutados por LVSA, hasta la fecha de resolución contractual, esto es, 26 de marzo de 2008.- Al pago de la suma de 195.401,12 €, importe al que asciende el IVA de los servicios prestados.- Al pago de la suma de 378.873,60 euros, importe que corresponde al 20% del importe del contrato restante, en aplicación de la cláusula undécima referente a la resolución del contrato suscrito entre las partes.- Al pago de las costas procesales causadas a esta parte en la presente instancia."*

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, *".. dicte sentencia desestimando la demanda interpuesta de contrario y absolviendo a mi representada, Tánger City Center, S.A., de los pedimentos de aquélla, con expresa imposición de costas a la parte actora"* ; al tiempo que formulaba reconvencción que se inadmitió por auto den fecha 11 de febrero de 2010.

**3.-** Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

**4.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 30 de mayo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Vázquez*



*Juárez, en nombre y representación de LV Salamanca Ingenieros SA, contra Tanger City Center SA: \* se declara la indebida resolución del contrato por parte de la entidad Tanger City Center al no ampararse en ninguno de los motivos de la estipulación decimo primera del contrato.- \* Se condena a dicha entidad al abono a LV Salamanca de la cantidad de Un Millón Setecientos Sesenta y Cinco Mil Quinientos Treinta y Un Euros con Setenta y Dos Céntimos (1.765.531'72).- \* Las costas de esta primera instancia se imponen a la parte demandada."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandada, y sustanciada la alzada, la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 14 de diciembre de 2012 , cuyo Fallo es como sigue: *"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Tánger City Center, S.A. contra la sentencia de 30 de mayo de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Madrid dictada en procedimiento 1150/08, confirmamos dicha resolución con imposición de costas de esta alzada al apelante."*

**TERCERO.-** El procurador don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de **Tánger City Center SA**, formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto del artículo 218.1, por incongruencia; 2) Al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso en relación con la contestación al a demanda y la reconvenición; 3) Al amparo del artículo 469.1.3º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva respecto de la práctica de prueba en segunda instancia; y 4) Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por interpretación arbitraria de la prueba pericial, con vulneración de lo dispuesto por el artículo 347 de la misma Ley .

Por su parte el recurso de casación se formula por los siguientes motivos: 1) Por infracción de los artículos 1203 , 1204 y 1207 del Código Civil , sobre la novación de los contratos; y 2) Por infracción del artículo 1156 del Código Civil , relativo a la extinción de las obligaciones.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 29 de octubre de 2013 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, así como que se diera traslado de los mismos a la parte recurrida, LV Salamanca SAU, que formuló escrito de impugnación bajo representación del procurador don Agustín Sanz Arroyo.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista y no considerándose necesaria por esta Sala dicha celebración, se señaló para votación y fallo de los recursos el pasado día 11 de febrero, fecha en que ha tenido lugar por parte de los magistrados que se citan.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** LV Salamanca SAU interpuso demanda de juicio ordinario contra Tánger City Center SA interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara que no existía causa justificada para la resolución por parte de la demandada del contrato celebrado entre ambas en fecha 2 de agosto de 2007 con el objeto de que la primera ejecutase los estudios previos, redactase los proyectos básico y de ejecución y asumiese la posterior dirección facultativa de un complejo turístico e inmobiliario ubicado en la ciudad de Tánger y del que la demandada era promotora, así como que se condenara a esta última a pagarle la cantidad de 1.795.531,72 euros en concepto de daños y perjuicios derivados de la resolución, de los que 1.221.257 euros se correspondían con los honorarios pactados para los trabajos ejecutados y pendientes de abono, 195.401,12 euros por IVA del precio de dichos trabajos y 378.873,60 euros correspondiente al 20% del precio pactado en el contrato para los trabajos pendientes.

La demandada se opuso a la demanda y formuló reconvenición por la que interesaba que se declarara el contrato resuelto conforme a derecho, la cual no fue admitida por el Juzgado, según auto de fecha 1 de febrero de 2010, por considerarla innecesaria ya que no se ejercitaba una nueva acción "limitándose a solicitar que se declare por el Juzgado que la resolución contractual se debió al incumplimiento de la actora".

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 30 de mayo de 2011 por la que estimó íntegramente la demanda condenando a la parte demandada según lo solicitado, con imposición de costas.

Recurrió en apelación la demandada Tánger City Center SA y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), tras rechazar la práctica de prueba propuesta por la parte apelante, dictó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2012 por la que desestimó el recurso y confirmó la dictada en primera instancia con imposición de costas a la parte recurrente.

Contra dicha sentencia recurre ahora por infracción procesal y en casación la parte demandada.



**SEGUNDO.-** En el escrito de interposición del recurso se solicita por la recurrente, mediante "otrosí", que al amparo de lo establecido en el artículo 475 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acuerde la declaración de los testigos don Jose Daniel y de don Juan Enrique ; prueba que fue inicialmente admitida por el Juzgado y que no se ha practicado por causas no imputables a la parte que la propuso.

Sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, no corresponde a esta Sala la práctica de dicha prueba en tanto que la previsión del artículo 475 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la posible práctica de prueba en el seno del recurso por infracción procesal se refiere únicamente al supuesto del artículo 471, párrafo segundo, o sea a las pruebas que se consideren imprescindibles "para acreditar la infracción o vulneración producida" de carácter procesal y no a las pruebas que se refieran a la acreditación de hechos que afecten al fondo del asunto, pues la realización de estas últimas es propia de la primera y de la segunda instancia ( sentencias núms. 87/2012, de 20 febrero , 263/2012, de 25 abril y 495/2012, de 20 julio , entre otras).

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**TERCERO.-** El primero de los motivos se formula al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto del artículo 218.1, por incongruencia.

Se sostiene en la formulación del motivo que la sentencia recurrida modifica los términos de la contestación a la demanda ya que la demandada no opuso una "exceptio non rite adimpleti contractus".

El motivo se desestima ya que la demandante ejerció una acción de cumplimiento de contrato exigiendo de la demandada el pago de determinadas cantidades y, frente a ello, la demandada sostuvo la existencia de incumplimiento por parte de dicha demandante, que incluso le llevó a decidir por su parte la resolución del contrato.

En el propio escrito de recurso (pág.6, apartado 15) se dice por la recurrente que el Juzgado de Primera Instancia, mediante auto de 1 de febrero de 2010, resolvió con acierto que no era necesaria la reconvencción por parte de Tángier City Center en cuanto interesaba que el contrato se declarara resuelto conforme a derecho, siendo así que el referido auto afirma que mediante la reconvencción no se ejerce una acción nueva sino que se solicita que se declare por el Juzgado que la resolución contractual era debida al incumplimiento de la demandante. En todo momento la demandada sostuvo la existencia de tal incumplimiento, por lo que el motivo ha de ser rechazado.

El segundo motivo se formula al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiera podido producir indefensión "y, en particular, infracción de las normas reguladoras del contenido de la contestación a la demanda y la reconvencción con indefensión para Tángier City Center porque no se ha entrado a conocer de los incumplimientos denunciados", mientras que el tercero se formula al amparo del mismo artículo 469.1, apartados 3º y 4º, y se fundamenta en la denegación de la práctica de prueba testifical en segunda instancia que fue oportunamente solicitada.

En cuanto a la prueba testifical denegada, hay que tener en cuenta lo siguiente:

- a) Dicha prueba fue admitida en la audiencia previa si bien no se practicó en el acto del juicio por la incomparecencia de los testigos.
- b) Se solicitó por la parte demandada su práctica como diligencia final y el Juzgado la denegó mediante auto de fecha 13 de abril de 2011; auto que fue recurrido en reposición que fue desestimada por nueva resolución de fecha 27 de mayo siguiente.
- c) Se instó la práctica de dicha prueba en segunda instancia, lo que fue rechazado por la Audiencia Provincial mediante auto de fecha 22 de diciembre de 2011, que igualmente fue recurrido en reposición que resultó desestimada por nuevo auto de 10 de febrero de 2012. La Audiencia sostuvo, para rechazar la práctica de dicha prueba, que no se acomodaba a las exigencias del artículo 460.2.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues se requiere en dicha norma que la prueba no hubiera podido practicarse en primera instancia "ni siquiera" como diligencia final, y en el caso presente lo que sucedió es que el Juzgado no estimó necesaria su práctica como tal diligencia final.

Tales argumentos no pueden ser compartidos, pues entonces sería de mejor condición el caso de la prueba indebidamente denegada en primera instancia (artículo 460.2.1ª) que el de la prueba admitida, y no practicada, con la negativa a acordarla como diligencia final, pues cabría reproducir la petición ante la Audiencia en el primer caso y no en el segundo.



Por ello se ha de determinar si la prueba así denegada puede tener influencia en el resultado del proceso, supuesto en el que la parte que la propuso habrá podido sufrir indefensión. Para ello es necesario atender al contenido de la sentencia recurrida.

Viene a reconocer la Audiencia en el fundamento de derecho tercero de su sentencia que la prueba denegada está en relación con la denuncia de deficiencias e incumplimientos por parte de la demandante y en este sentido dice que *«resuelta por Autos de la Sala de 22 de Diciembre de 2011 y 10 de Febrero de 2012 la solicitud de la prueba testifical en la segunda instancia, es preciso puntualizar que sobre las deficiencias de los trabajos constantemente alegadas en la contestación a la demanda y en el presente recurso, integradas en la resolución del contrato, lo que se está oponiendo en definitiva es la excepción de contrato defectuosamente cumplido (exceptio non rite adimpleti contractus), excepción de amplísimo tratamiento jurisprudencial»* ; a ello añade posteriormente que *«la excepción de contrato defectuosamente cumplido necesita para su apreciación que se ejercite la correspondiente reconvencción para así declarar qué defectos, retrasos o sobrecostes deben, si fuere el caso, estimarse. No se hizo así y como no se reconvino, la pretensión de que unos defectos, retrasos o sobrecostes se reconozcan con efecto extintivo del derecho reclamado de contrario es improsperable porque falta que se ejercite la acción en toda la extensión que para estos supuestos previene el art. 406 LEC ....»*.

Sentado lo anterior, ha de ser estimado el recurso por infracción procesal por los expresados motivos ya que, en primer lugar, sí se formuló reconvencción por la entidad demandada, la cual no fue admitida por el Juzgado por las razones expresadas en su auto de 1 de febrero de 2010 al entender que no se producía en realidad una ampliación del objeto del proceso.

La respuesta de fondo del demandado a la pretensión de tutela solicitada por el actor en su demanda puede tener varios contenidos posibles, como son: a) negar los hechos constitutivos de la pretensión; b) alegar excepciones materiales; c) introducir nuevas pretensiones. Con las dos primeras posturas el demandado se defiende dentro de los límites de la demanda actora, para obtener su rechazo, impugnando la existencia o eficacia de la relación jurídica que fundamenta la demanda, siendo así que en tales supuestos la respuesta del juez que tiene en cuenta tales alegaciones no rebasa los límites de la cosa juzgada a que da lugar lo pretendido en la demanda. Por el contrario, con la introducción de nuevas pretensiones, el demandado solicita una declaración judicial con eficacia de cosa juzgada que excede del mero rechazo de la demanda.

En el caso presente, dado que la parte demandante solicitaba una declaración sobre la improcedencia de la resolución contractual operada por la demandada, basada precisamente en sus incumplimientos, y la referida demandada se oponía a la demanda precisamente por esos incumplimientos llegando incluso a formular reconvencción para la declaración de que la resolución estaba bien hecha -la cual no fue admitida en tanto que no venía a aumentar el objeto del proceso- es claro que no puede aceptarse la argumentación de la Audiencia que sostiene la imposibilidad de entrar a conocer de la excepción de contrato defectuosamente cumplido por falta de su articulación mediante reconvencción, extremo al que se refería la prueba denegada.

Ello comporta la estimación del recurso por infracción procesal con las consecuencias previstas en el artículo 476.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**CUARTO.**- Procede por ello retrotraer las actuaciones al momento de denegación de la prueba solicitada a fin de que se practique la misma y se dicte nueva sentencia teniendo en cuenta lo anteriormente razonado. No se hace especial declaración sobre costas causadas por ambos recursos ( artículo 398.1 Ley de Enjuiciamiento Civil ) y procede la devolución del depósito constituido para su interposición.

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

## FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal** interpuesto en nombre de **Tánger City Center SA** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) de fecha 14 de diciembre de 2012, en Rollo de Apelación nº 766/2011 dimanante de autos de juicio ordinario número 1550/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por **LV Salamanca SAU** contra la entidad hoy recurrente, y en consecuencia:

1.- **Anulamos** dicha sentencia.

2.- **Ordenamos** que se repongan las actuaciones al momento de denegación de la práctica de prueba solicitada en segunda instancia, a fin de que se practique la misma, dictándose nueva sentencia que resuelva el recurso de apelación.

3.- No se hace especial pronunciamiento sobre costas causadas por los presentes recursos por infracción procesal y de casación.



4.- Se acuerda la devolución de los depósitos constituidos para su interposición.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- **Antonio Salas Carceller**.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ