

Roj: **STS 356/2016 - ECLI:ES:TS:2016:356**Id Cendoj: **28079110012016100036**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2016**Nº de Recurso: **2097/2013**Nº de Resolución: **28/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 11937/2013,**
STS 356/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

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 Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), en el rollo de apelación n.º 850/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario 381/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador don Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de la mercantil Dragados, S.A.; siendo parte recurrida el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, S.A

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador don Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de la mercantil Dragados, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra la Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia:

«En la que se condene a pagar a la entidad Paradores de Turismo de España, S.A. la cantidad de 11.120.703,44 €, más IVA más los intereses demora previstos en Ley 3/2004 de 29 de diciembre de medidas contra la morosidad, computados desde el 20 de junio de 2008, así como las costas del presente procedimiento».

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en nombre y representación de Paradores de Turismo de España, S.A., contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«Por la que desestime en su integridad las pretensiones de la demanda declarando: En cuanto a la reclamación por "precios contradictorios", que los que Dragados tenía derecho a cobrar según el contrato ya los percibió al abonarle Paradores el saldo de la liquidación de la obra el 21 abril 2009. En cuanto a la reclamación de devolución de retenciones, que estas retenciones han sido correctamente aplicadas por Paradores para cubrir las responsabilidades contractuales de Dragados , habiéndose devuelto ya a Dragados las que tenía derecho a cobrar de Paradores el saldo de la liquidación de la obra el 21 abril 2009. En cuanto a la reclamación por intereses de demora, que no procede porque no se debe principal alguno sobre el cual hayan de ser calculados».

Y formulando demanda reconventional alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al juzgado «que estimando los elementos que en ella se han hecho valer, declare que la citada mercantil está obligada a abonar a Paradores la suma de 388.799,79 € (más 62.207,96 € de IVA), incrementada con los correspondientes intereses de demora desde la fecha de la presente demanda» .



TERCERO.- El procurador don Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de Dragados, S.A., contestó a la demanda reconvenional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *«desestimándola con imposición de costas a la demandante reconvenional»*.

CUARTO.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Madrid, dictó sentencia en fecha 3 de enero de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador don Florencio Araez Martínez, en nombre y representación de Dragados, S.A., frente a Paradores de Turismo de España, S.A., y estimando asimismo en parte la reconvenición formulada por la demandada frente a la actora, debo condenar y condeno a ésta a abonar a la demandada reconviniente la cantidad de 367.256,91 euros, más los intereses previstos en el art. 576 de la LEC; sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas del proceso».

QUINTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Dragados, S.A., la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora: Dragados, S.A., contra la sentencia de 3 de enero de 2011, n.º 11/2011, del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 34 de Madrid, que revocamos en parte reduciendo la cantidad de la condena impuesta de 367.256,91 € en 16.165 €, por lo que el principal reconocido es de 351.091,91 €, con los intereses del artículo 576 de la LEC. No procede imponer las costas causadas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes, y con reintegro del depósito para recurrir».

SEXTO.- El Procurador don Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de la mercantil Dragados, S.A. interpuso recurso de casación contra la anterior Sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: ÚNICO.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1152 y 1154 del Código civil y jurisprudencia que los desarrolla.

SÉPTIMO .- Por auto de fecha 1 de julio de 2014, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, S.A, presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

OCTAVO .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1- El recurso de casación que pende ante esta Sala, interpuesto por la demandante en la instancia Dragados, S.A., se refiere exclusivamente a la cláusula penal a que ha sido condenada ésta, como demandada reconvenional y a lo largo del desarrollo del recurso, con motivo único, se menciona también el curso de la construcción, lo que queda fuera del objeto de la casación.

Comenzó con el contrato de obra de 18 octubre 2004, con la modificación de 28 diciembre 2006, plazo de ejecución para el 31 octubre 2007 que fue más tarde ampliado y múltiples incidencias, modificaciones e intervención de empresas ajenas que detallan las sentencias de instancia. En la cláusula novena de aquel contrato figura la cláusula penal en estos términos:

«En el caso de existir retrasos imputables a Dragados, S.A. por modificación del plan de trabajos, se aplicará una penalización por día natural de retraso respecto de los hitos principales establecidos en el anexo I de este contrato. La cuantía de dicha penalización diaria será de la resultante de multiplicar 3000 € por la parte proporcional de obra ejecutada en el momento en que se valora el retraso. Dichos hitos corresponden con la finalización de las tareas principales en el programa de obra propuesta por Dragados, S.A. y adjunto a este contrato. Excepto en el caso de que la penalización sea por retraso sobre el final de la obra, dicha penalización tendrá carácter de retención provisional y podrá ser devuelta a Dragados, S.A. en caso de recuperarse el retraso habido en cualquiera de los subsiguientes plazos parciales, haciéndose efectiva la devolución en la siguiente certificación a la constatación de la recuperación del retraso».

Con múltiples avatares en la ejecución de la obra, Dragados, S.A. formuló demanda exigiendo la liquidación de la obra y el abono por parte de Paradores de una importante cantidad resultante, que rebajó en el acto de



la audiencia previa. Esta última se opuso a la demanda y en reconvenición reclamó, a su vez, una determinada cantidad a aquella demandante, que incluía la aplicación de la cláusula penal.

Es de notar que la liquidación de obras, pagos y desperfectos e incumplimientos han sido obviados en el recurso de casación que se ha limitado, como se ha apuntado y dice literalmente el escrito de recurso:

«En lo relevante para este recurso, en su fundamentación de derecho octavo la sentencia aplica y mantiene la aplicación de la cláusula penal por retraso por el importe de 699.000 € reducido en un 5%, manteniendo, por tanto, la penalización por retraso en un total de 664.050 €.».

2.- La sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 34 de Madrid, de 3 enero 2011, trató con gran detalle de la liquidación que en gran parte fue asumida por la de segunda instancia, incluso literalmente. Destacó que el precio de la obra era cerrado y definitivo y que toda modificación o aumento de la misma debía ser aprobado por escrito por la dirección facultativa y Paradores. Destacó también que el retraso por causas imputables al contratista (Dragados) se penalizaría, según el contrato, en la cantidad de 3000 € por día natural. Trata con detalle del retraso en el fundamento sexto y concluye:

«Ninguna de las razones esgrimidas por Dragados para justificar el retraso, ni las argüidas para justificar la inejecución en plazo de los repasos, pueden ser acogidas. Adviértase que cuando, ante la inminencia del plazo para la finalización de las obras, solicita un nuevo plazo, justifica esta solicitud en la incidencia que para la ejecución de sus trabajos tenía la falta de terminación de los trabajos de otros contratistas, sin especificar de cuáles se trataba, y sin imputar la demora a la existencia de modificaciones del proyecto, mejoras o nuevas partidas de obra.»

Y añade que cuando llega el plazo fijado, «la contratista ya acumulaba retrasos por causas a ella imputables y no justificadas». Tras lo cual, partiendo de la prueba y realizando compensaciones, fijó la cantidad a abonar por Dragados a Paradores.

Dicha sociedad, actora y demandada reconvenional, Dragados formuló recurso de apelación y la Audiencia Provincial, Sección 25.^a, de Madrid, en sentencia de 17 junio 2013 confirmó la de primera instancia, rebajando muy ligeramente la cantidad a abonar por aquella. La penalización por retraso es tratada con detalle en el fundamento 8.^o que, como hecho probado declara, en conformidad con la sentencia de primera instancia, que se da el cumplimiento defectuoso por retraso de la obligación derivada del contrato de obra, imputable a la contratista, Dragados, afectando la moderación hecha en primera instancia

3.- Dragados, S.A. ha formulado el presente recurso de casación contra la anterior sentencia que confirma esencialmente la de primera instancia. Es de notar que todo recurso se formula contra el fallo. El de la Audiencia Provincial es la condena a esta sociedad al abono de 351.091, 91 €. El recurso impugna el concepto de la cláusula penal que asciende a 664.050 € que es uno de los que, junto a otros, da lugar a la cantidad resultante y se deduce de los fundamentos y se explica en el texto del recurso, exactamente en el apartado I, antecedentes.

A su vez, en el mismo motivo, alegando la infracción del artículo 1154 del Código civil combate la moderación, lo cual no tiene sentido pues de aceptarlo perjudicaría a la propia parte recurrente.

4.- El abogado del Estado, en su escrito de oposición al recurso de casación, resalta que éste en las incidencias que expone sobre el curso de la edificación, no hace otra cosa que revisar la valoración probatoria y textualmente dice «sólo así se entiende que vuelva a exponer en el recurso de casación alegaciones propias de la demanda o de la apelación» lo que acompaña con jurisprudencia. Añade que «cuando la prueba practicada avale la responsabilidad principal por el retraso a penalizar incumbe a la contratista de modo que sea ella la que haya incumplido el plazo pactado contractualmente, como en este caso sucede», sin que le afecte las posibles alteraciones «de escaso fuste.»

SEGUNDO .- 1.- El *recurso de casación*, en su motivo único, al amparo del artículo 477. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de los artículos 1152 y 1154 del Código civil y jurisprudencia que lo desarrolla. En el texto del recurso se alude constantemente a la evolución de la obra, las complicaciones, los encargos a terceros, las reparaciones y demás detalles, pero ello -tal como resaltar la abogada del Estado- es cuestión fáctica que no alcanza a la casación que -como tantas veces se ha dicho- no es una tercera instancia y no cabe que la parte recurrente haga supuesto de la cuestión, como ha dicho reiteradamente esta Sala: sentencias de 13 mayo 2011, 9 febrero 2012, 4 abril 2012, 11 julio 2013, 6 febrero 2015 entre otras.

Está probado que hubo un retraso injustificado y atribuible a la constructora Dragados, S.A.; la sentencia de la Audiencia Provincial confirmando la del Juzgado de 1.^a Instancia son elocuentes y rotundas. Ello no se puede alterar aquí. Lo cual alcanza no sólo a los complicados avatares de la construcción, sino también al tema de las retenciones, a que también se refiere -como hechos probados- la sentencia del Tribunal *a quo*.



Por lo cual se ha aplicado correctamente la cláusula penal, antes transcrita y prevista en el artículo 1152 del Código civil que no ha sido infringido, en su «doble función reparadora y punitiva» (sentencia de 2 octubre 2001) y «su carácter sancionador» (sentencia de 20 diciembre 2006) «función liquidadora de los daños y perjuicios» correctamente en caso de «enorme retraso» (sentencias de 10 diciembre de 2009 , 2 julio 2010 , 10 junio 2011).

2.- En este motivo también se alega la improcedencia de la moderación de la cláusula penal - infracción del artículo 1154 del Código civil - lo que no tiene sentido pues de apreciarse la infracción quedaría perjudicada la propia sociedad recurrente.

Ciertamente, la jurisprudencia ha mantenido que las cláusulas penales moratorias (las impuestas por el retraso en el cumplimiento de su obligación) no pueden moderarse por incumplimiento parcial si efectivamente se ha producido el retraso. Pero en el presente caso no se ha moderado (se ha rebajado la cuantía en un 5%) por el supuesto incumplimiento parcial, sino por el conjunto de problemas, sustituciones, reparaciones, etc.

3.- Con relación a ello, el recurso plantea también otra cuestión. Es cierto que la jurisprudencia elimina la aplicación de la cláusula penal por retraso (la cláusula moratoria) cuando «se han alterado los supuestos base a los cuales se pactó, pues si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula penal desaparece», tal como dicen las sentencias de 3 febrero 2000 y 29 octubre 2001 .

Pero no es éste el caso presente. Las posibles modificaciones son «de escaso fuste» tal como se expresa en los hechos probados y resalta la abogada del Estado. Lo que sí se produce es un conjunto de alteraciones en el desarrollo de la obra que, entre otras razones, produjeron un retraso «imputable» o por causa (hecho probado) del contratista, que ahora no lo puede alegar, no ya como reducción, sino como supresión de la cláusula penal.

En definitiva, la Audiencia Provincial, en la sentencia objeto de esta casación, concluye: «moderación efectuada en base a la apreciación discrecional de las circunstancias concurrentes (SSTS 1.10.1990 y 23.10.1990), quedando a la discrecionalidad del juez la entidad de la "moderación" (SSTS 27.7.1993 , 9.9.1996 , 12.12.1006 y 14.12.1998), pareciendo mejor ajustada a derecho la estimación parcial de la demanda a la Sala, a que se llega en la sentencia recurrida. La facultad de moderación judicial de toda cláusula penal, prevista por el artículo 1154 del Código civil , tiene como presupuesto la existencia de un cumplimiento parcial o irregular del deudor, en parte justificado; presupuesto que, evidentemente, cabe apreciar en el supuesto enjuiciado, por lo que resulta procedente hacer uso de tal facultad, que puede acordarse de oficio, como precisó la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 diciembre 1996 , aplicando el porcentaje fijado en la sentencia recurrida».

TERCERO .- 1.- En consecuencia, procede rechazar el motivo planteado y, por ende, desestimar el recurso de casación

2.- Lo que implica la condena en costas, conforme dispone el artículo 398 en su remisión al 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y decretar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1. - Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de la mercantil Dragados, S.A, contra la sentencia dictada por la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 17 de junio de 2013 , que se confirma.

2 . - Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido.

3. - Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

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.-Fernando Pantaleon Prieto.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ