



Roj: **STS 1324/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1324**

Id Cendoj: **28079110012016100196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2016**

Nº de Recurso: **2700/2013**

Nº de Resolución: **202/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1891/2013,**
STS 1324/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 68/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1245/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Las Palmas; cuyos recursos fueron interpuestos por la procuradora doña María Rosa Vidal Gil en nombre y representación de "Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A." y el procurador don Miguel Ángel Heredero Suero en nombre y representación de "Grupo Isolux Corsan, S.A."; siendo partes recurridas la procuradora doña María Jesús Pintado de Oyagüe en nombre y representación de doña Natalia y don Torcuato y "Grupo Isolux Corsan, S.A."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Antonio Vega González, en nombre y representación de Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A. (INGESTURSA) interpuso demanda de juicio ordinario, contra Grupo Isolux Corsan, S.A., don Torcuato y doña Natalia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1) DECLARANDO resuelta la relación contractual de arrendamiento de obra entre INGESTURSA y la entidad demandada por incumplimiento contractual e la entidad demandada, CONDENANDO a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración.

»2) DECLARANDO que la entidad demandada ha de indemnizar a INGESTURSA los daños y perjuicios causados por su incumplimiento contractual, CONDENANDO a la entidad demandada a indemnizar dichos daños y perjuicios.

»3) DECLARANDO que la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el apartado 2) anterior comprende los siguientes conceptos: A) Las deficiencias o depreciación, defectos y vicios de obra por importe de 2.558.203,11 Euros, y subsidiariamente en, la cantidad que resulte de la prueba que se practique, CONDENANDO a la entidad demandada a abonar a mi mandante dicha cantidad con sus intereses legales.

»4) DECLARANDO que la entidad demandada debe abonar a mi mandante la obra certificada de más y no construida por importe de 1.813.278,83 Euros, y subsidiariamente, en la cantidad que resulte de la prueba que se practique, CONDENANDO a la entidad demandada a abonar a mi mandante dicha cantidad con sus intereses legales.



»5) DECLARANDO que los demandados, Doña Natalia y Don Torcuato , son responsables por negligencia profesional de los daños y perjuicios causó por la deficiencia del proyecto al no haber contemplado el tratamiento del talud de tierras de la parte posterior Sur de la parcela, y por la inestabilidad estructural del edificio de recepción en su zona norte, CONDENANDO a dichos demandados a estar y pasar por la anterior declaración.

»6) DECLARANDO que la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el apartado 5) anterior comprende los siguientes conceptos:

»A) El importe de los daños y perjuicios derivados de la pérdida de nueve apartamentos en los siguientes importes: a) 212.888 euros por el lucro cesante por el retraso en la ejecución en relación con los 9 apartamentos no construidos y b) 802.363 euros, y, subsidiariamente, a 755.784,99 euros, por la pérdida de dichos nueve apartamentos; y subsidiariamente, en la cantidad que resulte de la prueba que se practique, CONDENANDO a Doña Natalia y a Don Torcuato , con carácter solidario, a abonar a mi mandante dicha cantidad con sus intereses legales.

»B) El coste de reparación de la inestabilidad estructural del edificio de recepción en su zona norte por importe de 767.250,00 Euros. y subsidiariamente, en la cantidad que resulte de la prueba que se practique, CONDENANDO a Doña Natalia y a Don Torcuato , con carácter solidario, a abonar a mi mandante dicha cantidad con sus intereses legales.

»C) Los daños y perjuicios derivados por el retraso en la ejecución de la obra a consecuencia de la deficiencia del proyecto en relación con el tratamiento del talud de tierras de la parte posterior Sur de la parcela por importe de 727.726,2 euros, y subsidiariamente, en la cantidad que resulte de la prueba que se practique, CONDENANDO a doña Natalia y a don Torcuato , con carácter solidario, a abonar a mi mandante dicha cantidad con sus intereses legales.

»7) DECLARANDO que doña Natalia y don Torcuato , son responsables solidarios entre sí, y solidarios con GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., hasta la cantidad concurrente por los importes resultantes del punto 6) anterior, salvo su apartado A), CONDENANDO a los demandados estar y pasar por esta declaración.

Todo ello con expresa condena en costas a los demandados».

2.- El procurador don Tomás Ramírez Hernández, en nombre y representación del Grupo Isolux Corsán, S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representada de la totalidad de las pretensiones deducidas en ella, con expresa condena en costas a la actora».

En el mismo escrito y seguidamente formula demanda Reconvencional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando:

«RECONVENCIÓN contra INVERSIONES Y GESTIONES TURÍSTICAS, S.A., la admita a trámite y, previa la tramitación legal, dicte sentencia por la que:

»a) Condene a la demandante reconvenida a pagar a mi representada las siguientes cantidades:

1.-1.000.576,88 €, por los costes indirectos soportados a consecuencia de la extensión del plazo de ejecución de las obras.

2.- 439.188,76 €, en concepto de liquidación de los trabajos ejecutados por mi mandante.

3.- 307.797,6 €, en concepto de beneficio que mi representada ha dejado de obtener a consecuencia del desistimiento unilateral del contrato por la demandante reconvenida.

4.-210.8187 €, en concepto de daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual de INGESTURSA.

5.-62.075,11 € por los intereses moratorios devengados hasta la fecha de esta demanda.

6.-Los intereses moratorios, al tipo respectivamente indicado en el Hecho Quinto, que devenguen dichas cantidades desde la fecha de la presente reconvenición.

7.-El 12% del importe de todas las facturas emitidas por las empresas cuyos trabajos coordinó, deducida la suma de 700.000€ que le fue abonada por INGESTURSA.

»b) Imponga a la demandante reconvenida las costas causadas».



3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Primera Instancia, dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda formulada por el Procurador don Antonio Vega González, en nombre y representación de la entidad mercantil INVERSIONES Y GESTIONES TURÍSTICAS, S.A. (INGESTURSA) contra la entidad mercantil GRUPO ISOLUX CORSAN S.A., representada por el Procurador don Tomás Ramírez Hernández, DON Torcuato , representado por el procurador don Joaquín García Caballero y DOÑA Natalia , representada por el procurador don Francisco Bethencourt Manrique de Lara, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones formuladas de contrario, sin imposición de costas.

»Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda reconvenicional interpuesta por la representación procesal de la entidad GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., debo absolver y absuelvo a INVERSIONES Y GESTIONES TURÍSTICAS, S.A. de las pretensiones formuladas de contrario, sin imposición de costas».

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A., la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de la entidad mercantil Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A. y de la entidad mercantil Isolux-Corsan, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 28 de abril de 2011 en los autos de Juicio Ordinario nº 1245/2008, revocando dicha resolución que se deja sin efecto y, en su lugar:

»Primero.- Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la entidad mercantil INVERSIONES Y GESTIONES TURÍSTICAS, S.A. y, en consecuencia, condenamos a:

»1º) la entidad mercantil ISOLUX-CORSAN, S.A. a pagar a la referida actora la cantidad de ciento veinticinco mil trescientos ochenta y cuatro euros con dieciséis céntimos (125.384,16 ?) con sus intereses legales a contar desde la presentación de la demanda, incrementados en dos puntos desde la presente resolución; y 2º) conjunta y solidariamente a la entidad mercantil ISOLUXCORSAN, S.A., a don Torcuato , y a doña Natalia , a pagar a la referida actora la cantidad de setecientos sesenta y siete mil doscientos cincuenta euros (767.250,00 ?), con sus intereses legales a contar desde la presentación de la demanda, incrementados en dos puntos desde la presente resolución. Segundo.- Estimamos parcialmente la demanda reconvenicional interpuesta por la representación procesal de la entidad mercantil ISOLUX-CORSAN, S.A. y, en consecuencia, condenamos a la entidad mercantil INVERSIONES Y GESTIONES TURÍSTICAS, S.A. a pagar a la referida reconviniente la cantidad de seiscientos cuarenta y siete mil trescientos ocho euros con siete céntimos (647.308,07 ?), con sus intereses legales a contar desde la presentación de la demanda reconvenicional, incrementados en dos puntos desde la presente resolución.

Tercero.- No ha lugar a hacer especial declaración sobre las costas causadas en ninguna de ambas instancias.

Cuarto.- Procedase a la devolución de los depósitos constituidos para la interposición del recurso».

Dicha sentencia fue aclarada mediante Auto de fecha 19 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva dice:

«DISPONEMOS.- Completar el fallo de la Sentencia de fecha 18 de julio de 2013 pronunciada en el presente rollo de apelación nº 68/2012 y, en consecuencia, el párrafo primero del pronunciamiento primero del queda redactado en la forma siguiente:

»Primero.- Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la entidad mercantil INVERSIONES Y GESTIONES TURÍSTICAS, S.A. y, en consecuencia, se declara resuelta la relación contractual de arrendamiento de obra existente entre dicha entidad y la mercantil ISOLUX-CORSAN, S.A. y condenamos a:».

TERCERO .- **1** .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos por infracción procesal y de casación, el procurador, don Antonio Vega González, en nombre y representación de "Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A." con apoyo en los siguientes motivos:

Primero.- Motivos por infracción procesal:

I-A: Incongruencia de la sentencia recurrida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo dispuesto en los artículos 216 y 218 del mismo texto legal , al no incluir pronunciamiento sobre lo solicitado en el punto 2 de suplico de la demanda de esta parte. I-B: Incongruencia de la sentencia recurrida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo dispuesto en los artículos 216 y 218 del mismo texto legal , al no incluir pronunciamiento sobre lo solicitado en el punto 3-B de suplico de la demanda de esta parte. I-C: Al amparo de lo dispuesto en



el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber realizado lo sentencia una valoración ilógica y arbitraria de las pruebas practicadas. I-D: Infracción a lo dispuesto en el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y nueva incongruencia de la sentencia. I-E. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por indebida valoración de la prueba, al haber realizado una valoración ilógica y arbitraria de las pruebas practicadas. I-F: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por indebida valoración de la prueba, al haber realizado una valoración ilógica y arbitraria de las pruebas practicadas. I-G: Al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con lo dispuesto en los artículos 460.1 270.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la indebida denegación de práctica de prueba en segunda instancia. I-H: Infracción del artículo 24 de la constitución en su vertiente relativa al derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes.

Segundo.- Motivos de casación:

II-A: Invocación cautelar a efectos de recurso de casación de todos y cada uno de los motivos ya alejados para sustentar el recurso extraordinario por infracción procesal, anteriormente expuestos. II-B: infracción de lo dispuesto en el artículo 1281 del código civil . II-C: Infracción del artículo 1101 del Código civil . II-D: Infracción de los artículos 1124 y 1106 del Código civil . II-E: Infracción de los artículos 1283 y 1285 del Código civil . II-F: infracción de lo dispuesto en el artículo 12.3.e) de la Ley de Ordenación de la Edificación -Ley 38/1999, de 5 noviembre y de la doctrina acerca del carácter a buena cuenta de las certificaciones de obra. II-G: Infracción del artículo 610 del Código civil .

2.- Contra la expresada sentencia interpuso recursos por infracción procesal y de casación, el procurador, don Tomás Ramírez Hernández, en nombre y representación de GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A. que fueron inadmitidos.

3.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de noviembre de 2014 se acordó:

«1º) No admitir el recurso de casación ni el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Isolux Corsan, S.A. contra la sentencia dictada, el 18 de julio de 2013 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 68/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1245/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Las Palmas, con imposición de costas y pérdida de los depósitos constituidos.

»2º) No admitir los motivos tercero, quinto y sexto (I-C, I-E y I-F) del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de "Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A." contra la sentencia dictada, el 18 de julio de 2013 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 68/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1245/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Las Palmas.

»3º) Admitir los motivos primero, segundo, cuarto, séptimo y octavo (I-A, I-B, I-D, I-G, I-H) del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de "Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A." contra la sentencia dictada, el 18 de julio de 2013 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 68/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1245/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Las Palmas.

»4º) No admitir los motivos primero, segundo, quinto, sexto y séptimo (II-A, II-B, II-E, II-F, IIG) del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A. contra la sentencia dictada, el 18 de julio de 2013 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 68/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1245/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Las Palmas.

»5º) Admitir los motivos tercero y cuarto (II-C, II-D) del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A. contra la sentencia dictada, el 18 de julio de 2013 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 68/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1245/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Las Palmas.

4.- El procurador don Miguel Ángel Heredero Suero en nombre y representación de "Grupo Isolux Corsan, S.A." presentó escrito de oposición. La procuradora doña María Jesús Pintado de Oyagüe en nombre y representación de doña Natalia y don Torcuato , presentó escrito apartándose del procedimiento.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre del 2015, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente y a la complejidad del asunto.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la resolución contractual de un contrato de arrendamiento de obra, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

2. La entidad Inversiones y Gestiones Turísticas S.A., como promotora de una obra, presentó demanda de juicio ordinario frente a la también mercantil Grupo Isolux Corsan, S.A. y contra los arquitectos superiores don Torcuato y doña Natalia, alegando que aquélla intervino como contratista en el contrato de obra litigioso concertado inicialmente con la mercantil Isolux Watt, S.A. (absorbida posteriormente por Isolux) y que los referidos arquitectos son los autores del proyecto de la obra y miembros de la dirección facultativa.

Expone en la demanda que entre Ingestursa e Isolux se suscribió un contrato de arrendamiento de obra en virtud del cual esta última venía obligada a la construcción del complejo denominado Apartamentos Cordial Mogán Valley, compuesto de 312 apartamentos, según contrato de fecha 17 de septiembre de 2003. El precio resultaba estimativamente fijado en la cantidad de 14.627.064,30 €, acordándose en el contrato que el precio definitivo sería el que resultara de multiplicar los precios unitarios cerrados que figuran en la oferta de presupuesto de la constructora (Anexo n.º 3) por la medición de las unidades realmente ejecutadas. En este precio se encuentran incluidos los gastos generales y el beneficio industrial. Igualmente se pactó que cuando fuera preciso realizar unidades de obra que no estuvieran previamente comprendidas en el cuadro de precios fijado en este contrato o se modificaran las convenidas, se fijaría su precio contradictoriamente entre la dirección facultativa y la constructora y se someterían a la aprobación por la Propiedad, quien debería decidir en el plazo de diez días. En caso de que fueran aprobados, quedarían desde ese momento incorporados a la relación de precios correspondientes y no existiría acuerdo en la determinación de tales precios, la discrepancia sería dirimida por un árbitro. El plazo de ejecución era de veinticinco meses contados a partir de la firma del acta de replanteo por la dirección facultativa que se firmó el mismo día.

En relación con los arquitectos demandados, sostiene la actora que con fecha 5 de julio de 2000 suscribió con ellos, a través de sus sociedades profesionales, un contrato que tenía por objeto la redacción de los proyectos de arquitectura, instalaciones técnicas y especiales, y jardinería del complejo antes citado, alegando igualmente que asumieron la dirección facultativa de la obra.

También señala la demandante que transcurrido el plazo de 25 meses, y un mes más que se amplió de mutuo acuerdo, la obra no solo no estaba finalizada el 17 de noviembre de 2005, sino que en septiembre de 2007, se encontraba paralizada por la constructora y sin terminar. Además adolecía de graves vicios y defectos, y se había cobrado en exceso. Todo ello motivó a la actora a resolver el contrato.

Que la constructora le informó unos meses antes de la fecha de terminación del contrato que resultaba imposible el cumplimiento del plazo debido a diversas causas y, entre ellas, a un problema de inestabilidad del terreno. La actora alegaba que dicha inestabilidad del terreno afectaba tan sólo a los bloques 4 y 6, lo que suponía tan sólo el 20% del total de la obra, no existiendo -a su juicio- razón objetiva alguna para el retraso de los restantes bloques salvo la propia desorganización de la constructora. No obstante, no fue hasta el 22 de marzo de 2006 cuando la constructora y la dirección facultativa llegaron a un acuerdo para solucionar el problema de la inestabilidad del terreno comprometiéndose ISOLUX a la finalización de la obra el 19 de marzo de 2007.

Que, además, la constructora ha obstaculizado el desarrollo normal de la obra. Subcontrató calidades inferiores a las pactadas. Aumentó el precio de la obra encareciendo el precio de las contradictorias e incrementando, de forma artificial, las certificaciones de la obra. Abarató el coste de la misma reduciendo personal, de mala fe. E informó de la paralización de la obra el 13 de septiembre de 2007 (aunque según la actora ya había sido paralizada con anterioridad), alegando reiteradas modificaciones, indefiniciones y ampliaciones del proyecto que hacían necesario una modificación del plazo, procediendo al amueblado de los apartamentos pese a no estar concluidas las obras con los consiguientes perjuicios, la falta de reconocimiento de los gastos ocasionados por las paralizaciones parciales de la obra, modificaciones de proyecto y aumento de obra y falta de pago del importe de certificaciones de obra, costes indirectos y revisión de precios.

Con relación a estos hechos solicita en su demanda lo siguiente:

i) Como a la resolución del contrato la obra, que se hallaba inacabada, tenía un valor de 16.443.579,16 €, según el informe pericial aportado, al haber cobrado la demandada hasta el total del importe de la certificación n.º 45 la cantidad 18.256.857,99 €, Isolux habría recibido un exceso de 1.813.278,83 €.

ii) La obra ejecutada adolece de defectos cuya reparación, reposición y resarcimiento por depreciación se valora en la cantidad de 2.558.203,11 € (lo que es objeto de reclamación en el apartado 3.A del suplico de la demanda), sosteniendo que dicho importe comprende la depreciación de la obra y vicios y defectos



generalizados (que cifra en 1.094.857,11 ?), así como vicios y defectos específicos del complejo (en importe de 472.572,00 ?), más 990.774,00 ? por diversas partidas, concretamente: restitución de la estanqueidad de las cubierta (en importe de 59.088,00 ?), más reparación de deficiencias de ejecución de elementos comunes (en importe de 164.436,00 ?) y, finalmente, reposición de la estabilidad estructural del edificio de recepción en su zona norte (en 767.250,00 ?).

iii) Se indemnice por los daños y perjuicios derivados del retraso en la ejecución de obra, reclamando un importe de 11.258.075 ? tanto por daño emergente (4.090.848,00 ?) como por lucro cesante (7.167.227,00 ?).

Además, considera que, a parte del lucro cesante, en concreto 727.726 ?, deben ser condenados solidariamente la demandada y los arquitectos, por ser ellos igualmente responsables del retraso de parte de la obra, en concreto de dos de los edificios. Igualmente solicita en forma solidaria (entre arquitectos y constructora) que se condene a dichos técnicos al pago de un importe de 767.250,00 ? relativo al coste de reparación de la inestabilidad estructural del edificio de recepción.

iv) En relación solo a los arquitectos, solicita una indemnización de 1.015.251,00 ? como importe por los daños y perjuicios derivados de la pérdida sobre proyecto de nueve apartamentos y, más concretamente, 212.888,00 ? derivados del lucro cesante por el retraso en la ejecución de dichos nueve apartamentos y 802.363 ? por la pérdida de dichos apartamentos.

3. Contestación a la demanda y demanda reconvenicional. La entidad Isolux contestó a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones ejercitadas de contrario. Sostuvo, además, que el retraso en la ejecución fue causado fundamentalmente por los reiterados deslizamientos de tierras que se produjeron al comienzo de los trabajos, que la dirección facultativa, con el indudable respaldo de la demandante, fue incapaz de resolver durante dos años y medio. Y ello, a pesar de que la ahora demandada propuso desde el primer momento la solución que finalmente se adoptó. También había influido en el retraso la constante demora de Ingestursa en la aprobación de los precios contradictorios correspondientes a las numerosas modificaciones que se introdujeron en el proyecto inicial. Igualmente planteó demanda reconvenicional, fundada en que el retraso en la ejecución de la obra provocó tener que hacer frente a gastos generales (costes fijos e independientes de las unidades de obra ejecutada) muy superiores a los previstos inicialmente y que determina en 1.000.576,88 ?. Además reclamó un pago de 439.188,76 ? por varias certificaciones de obra. Valoró que la resolución contractual pretendida de contrario es improcedente; pues las causas aducidas fueron manifiestamente infundadas y que, por ello, la resolución de la actora constituye un supuesto de desistimiento que obliga a estar a lo dispuesto en la cláusula vigésima del contrato, por lo que reclamó una indemnización de 307.797,60 ? correspondiente al 15% de la obra pendiente de ejecutar.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda principal y la demanda reconvenicional.

Planteados recursos de apelación por Ingestursa e Isolux, la Audiencia Provincial estimó en parte ambos recursos.

Tras rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por los arquitectos, consideró, de la prueba practicada, que ante los problemas surgidos durante la construcción y los intentos de solucionarlos por parte de la constructora, no se podía atribuir a Isolux el incumplimiento del plazo contractual de ejecución. Consideró la Sala que la entidad constructora Isolux no es responsable de retraso alguno en la ejecución de la obra, ni del plazo fijado contractualmente ni de ningún otro, por lo que no ha de responder de perjuicio (por lucro cesante) alguno derivado de tal dilación.

En cuanto a la resolución del contrato, la consideró válida, pero únicamente en atención a la paralización de la obra efectuada por la constructora:

«[...] la suspensión ilícitamente acordada por la entidad contratista por sí misma se erige en causa bastante a efectos de resolución, no sólo porque así había sido pactado [no teniendo que esperarse a que transcurriera plazo alguno y menos de dos meses -previsto para la suspensión 'temporal' - para considerar desde su inicio tal suspensión como 'definitiva', como a la postre se ha revelado, sino porque, además, provocaba por sí misma la plena frustración del contrato dando lugar a que, de no resolverse por la promotora y mantenerse la interinidad de la suspensión en espera de reanudación, se expusiera dicha actora a dilatar en exceso la conclusión de la obra con las consiguientes pérdidas económicas por falta de explotación y que se han visto enjugadas precisamente por contratarse tempestivamente tras la resolución a una tercera empresa que ha concluido la construcción».

Respecto de si el pago de la obra fue excesivo, la sentencia concluyó que este extremo no ha resultado acreditado.



En relación con los vicios existentes en la obra, su indemnización se fijó en la cantidad de 892.634,16 €, y condenó solidariamente a Isolux con los arquitectos directores demandados a satisfacer, de dicho importe, la cantidad de 767.250,00 € con sus intereses legales conforme a lo dispuesto en los arts. 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil.

En cuanto al recurso de Isolux, de la prueba practicada, concluyó la Audiencia Provincial que la entidad promotora Ingestursa adeudaba a la constructora un importe por obra ejecutada, de 437.752,56 € y de 209.555,51 € por materiales existentes en la obra y que no fueron devueltos.

5. La entidad Isolux, interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, que han resultado inadmitidos.

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal de Ingestursa. Congruencia e indebida denegación de prueba solicitada.*

1. La demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, habiéndose admitido los siguientes motivos.

En el motivo primero de los admitidos (apartado I-A), al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC, denuncia incongruencia de la sentencia al no incluir pronunciamiento sobre lo solicitado en el punto segundo del suplico de la demanda, con infracción de los artículos 416 y 418 LEC. En su desarrollo argumenta que la sentencia no se ha pronunciado sobre los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de la resolución contractual. En este sentido se interesaba en la demanda, punto segundo, que se declarase «que la entidad demandada ha de indemnizar a Ingestursa los daños y perjuicios causados por su incumplimiento contractual, condenando a la entidad demandada a indemnizar dichos daños y perjuicios». De esta forma, habiéndose acreditado y declarado la paralización ilegítima de la obra por la entidad "Isolux", dicha circunstancia supone un incumplimiento contractual generador de daños y perjuicios, conforme los artículos 1124 y 1101 del Código Civil.

En el segundo motivo admitido del recurso (apartado I-B), se vuelve a denunciar, al amparo del mismo ordinal del artículo 469.1 LEC, incongruencia de la sentencia, con infracción de lo dispuesto en los artículos 216 y 218 LEC, por no realizar un pronunciamiento sobre lo solicitado en el punto 3-B del suplico de la demanda. Se aduce que la sentencia de apelación ha omitido todo pronunciamiento relativo ese apartado, referido a los daños y perjuicios económicos ocasionados por el retraso en la ejecución de la obra, porque ha considerado incorrectamente que esta pretensión se refería únicamente al retraso derivado de la forma de ejecución de la obra por la constructora y no al retraso derivado de la paralización de la obra. De esta forma, si la paralización de la obra tuvo lugar el 13 de septiembre de 2007, los daños por el retraso se tenían que haber computado desde esa fecha.

En el motivo tercero de los admitidos (Apartado I-D) denuncia la infracción del artículo 412 LEC, por nueva incongruencia de la sentencia. En su desarrollo se argumenta que en el punto 6-B del suplico de la demanda se solicitaba la indemnización de los daños y perjuicios consistentes en el «coste de reparación de la inestabilidad estructural del edificio de recepción en su zona norte por importe de 767.250 euros y subsidiariamente en la cantidad que resulte de la prueba que se practique». Denuncia que la sentencia incurre en incongruencia porque, pese a reconocer que la cantidad abonada por dicha reparación ha ascendido a 886.593,85 euros, cifra finalmente la indemnización en 767.250 euros por considerar que lo contrario supondría alterar los términos de la demanda. Este planteamiento, aduce, resulta incorrecto e incongruente porque la pretensión subsidiaria no solo lo era para el caso de que la cantidad resultante de la prueba fuese inferior sino también para el caso de que resultara superior.

En el motivo cuarto (apartado I-G) denuncia, al amparo del ordinal 3º del artículo 469.1 LEC, la vulneración de los artículos 460.1 y 270 LEC por la indebida denegación de determinados medios probatorios que acreditaban hechos acaecidos con posterioridad a la demanda y presentaban incidencia en la litis.

En el motivo quinto (apartado I-H) denuncia la vulneración del artículo 24 CE, en su vertiente de derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, en relación a la infracción anterior.

Por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos primero y segundo (I-A e I-B) deben ser estimados. No así el resto de los motivos formulados. Se procede al examen sistematizado de los mismos.

2. Con relación a los tres primeros motivos del recurso, donde se denuncia la infracción del requisito de congruencia de la sentencia, debe recordarse que dicha exigencia legal se analiza siempre con referencia a lo pedido en la demanda y a las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito -reconvención-. Este ajuste entre lo pedido y el fallo de la sentencia ha de ser sustancial, racional y flexible. La STS de 10 de diciembre de 2013, recurso nº 2371/2011, recuerda la doctrina de la Sala sobre las condiciones



de este ajuste como parámetro para determinar la congruencia de las sentencias: «[...] sentencias de esta Sala núm. 838/2010, de 9 de diciembre , y núm. 854/2011, de 24 de noviembre , afirman que la congruencia «exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el *petitum* (la petición) y la *causa petendi* (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida»

Esta correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes (sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 245/2008, de 27 de marzo, recurso núm. 2820/2000 , y núm. 330/2008, de 13 de mayo, recurso núm. 752/2001). Ni tampoco debe apreciarse exigiendo una conformidad literal y rígida, sino racional y flexible.

El límite del requisito de la congruencia se encuentra, de conformidad con la citada doctrina, en el necesario respeto a la causa petendi o conjunto de hechos y razones que fundamentan la pretensión. No vulnerándose la causa de pedir adquiriría virtualidad plena el principio *iura novit curia* y se permitiría este ajuste racional y flexible.

Por lo que se refiere a la incongruencia omisiva, el desajuste entre el fallo de la sentencia y las pretensiones de las partes se produce y se exterioriza por la falta de pronunciamiento sobre alguna pretensión oportunamente deducida. Por regla general ha de ir precedida de una previa solicitud de complemento de la sentencia, (artículo 215 LEC).

En atención a la doctrina expuesta procede estimar los dos primeros motivos con el alcance siguiente.

Del examen de la demanda, en orden a la delimitación de su suplico y en concreto en relación a los puntos 2 y 3 de éste, se deduce que la actora incluyó en la indemnización de daños y perjuicios derivados de la resolución contractual, los que se produjeron por lucro cesante y daño emergente con motivo de la paralización ilegítima de la obra. Esta paralización fue declarada probada en sentencia y más aún constituyó el hecho generador de la resolución contractual declarada. De esta forma, y con las consecuencias que se dirán al resolver el recurso de casación, lo cierto es que la sentencia debió pronunciarse sobre esta petición en la medida en que, frente a lo que se razona en el auto de complemento, la parte sí interesó los perjuicios derivados de la paralización ilegítima de la obra.

No existe, en cambio, incongruencia en relación con la denuncia que se realiza en el motivo tercero, que se rechaza. La sentencia, en relación con el coste de reparación de la inestabilidad estructural del edificio, acoge la pretensión principal de la demanda y estima la indemnización solicitada en la cantidad de 767.250 euros, según el presupuesto contenido en el informe por el Profesor P. Luardo. Tal pretensión era la interesada en la demanda. Por lo que se refiere a la cuantificación de este defecto en la cantidad de 886.593,85 euros, de conformidad con la pretensión subsidiaria que cuantificaba su coste en función al resultado de la prueba practicada, la Audiencia Provincial no sólo la rechaza por una posible incongruencia extra petita, como se sostiene en el motivo, sino porque no considera probado el coste del defecto en la mencionada cantidad en atención a que los documentos en que se basa, que fueron impugnados, recogían y cuantificaban conceptos ajenos a esa reparación.

3. Con relación a los motivos cuarto y quinto, donde el recurrente alega la indebida denegación de prueba, procede su desestimación.

En este sentido, la STS nº 235/2015, de 29 de abril , recuerda la doctrina de esta Sala sobre la indebida denegación de prueba y reitera que:

«[...] Para que una denegación de prueba adquiera relevancia constitucional infringiendo el derecho a la defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución Española , que pueda operar en el campo de la legalidad ordinaria es preciso que se haya traducido en una efectiva indefensión material en el sentido de que la parte afectada quede privada de la posibilidad de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (TCSS 169/96 de 29 de octubre, 101/99 de 31 de mayo, 159/02 de 16 de septiembre). Se exige, por consiguiente, que la prueba sea decisiva en términos de defensa, lo que sólo sucede en el caso de que, de haber sido tomada en consideración, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta con efecto favorable para quien denuncia infracción de derecho fundamental (TCSS 219/1988 de 17 de diciembre, 159/2002 de 16 de septiembre), Y la misma exigencia de demostrar que la práctica de la prueba omitida hubiera tenido trascendencia decisiva (valor relevante o influencia notoria) para resolver el litigio se viene requiriendo por la doctrina del Tribunal Supremo sentencias, entre otras, 29 de febrero de 2000 , 19 de diciembre de 2001 , como un motivo de quebrantamiento de las garantías del proceso determinante de la casación, pues obviamente, de no ser así no concurriría la situación de indefensión.



»O sea, que debe acreditarse que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 julio , FJ 4) esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 abril , FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente (STC 1116/1983, 17 diciembre , FJ 3). Lo que no existe es un hipotético derecho a una actividad probatoria ilimitada, por lo que no puede considerarse menoscabado ningún derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales, sin producir efectiva indefensión».

En relación a los medios probatorios a los que se refieren los motivos, algunos ya rechazados en primera instancia, y a la vista del planteamiento impugnatorio, la parte recurrente no justifica la influencia decisiva que podrían haber tenido en el fallo, en orden a cambiar su sentido, ya que solo se insiste en que con las citadas pruebas se trata de acreditar hechos acaecidos con posterioridad a la demanda sin que se justifique su concreta relevancia, en contraste con las pruebas practicadas en la litis.

4. La estimación de los dos motivos señalados determinan que se dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como fundamento del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en la disposición final decimosexta, 1. regla 7.ª LEC .

En este sentido, en el recurso de casación interpuesto por la demandante han resultado admitidos el motivo tercero (II-C) y el motivo cuarto (II-D). En el primero de ellos, denuncia la vulneración del artículo 1101 de Código Civil . Considera el recurrente que la sentencia no ha fijado la indemnización como consecuencia de la paralización de la obra. Si bien, en el desarrollo de su argumentación, se insiste en los daños causados por el retraso, que no abandono, en la ejecución de la obra. El segundo motivo, denuncia la infracción de los artículos 1124 y 1106 del Código Civil . Argumenta que pese a que la sentencia ha declarado válida la resolución del contrato a instancia de la demandante por la paralización de las obras llevadas a cabo por la constructora, no obstante, no ha fijado ninguna indemnización por esta causa.

5. Como cuestión previa debe precisarse que la parte demandante, aquí recurrente, tanto en su demanda, como en el recurso de apelación y posterior recurso de casación, no concreta ni el periodo de retraso en la terminación de la obra imputable al abandono de la misma por Isolux, ni la respectiva cuantificación de los daños y perjuicios derivados del mismo. En este contexto, esta Sala considera procedente que el retraso en la terminación de la obra causado por el abandono injustificado de la obra quede determinado desde la fecha en que la constructora comunica a la demandante su voluntad de paralizar las obras, esto es, el 13 septiembre de 2007, hasta la fecha en que la demandante comunica a la constructora su voluntad de resolver el contrato, es decir, el 27 de septiembre de 2007; requiriéndole, entre otros extremos, que en el plazo de una semana autorice a su personal técnico para visitar la obra y realizar todas las mediciones y comprobaciones convenientes. Por lo que dicho periodo de abandono se cifra en 15 días.

Por lo que se refiere a la cuantificación de los daños y perjuicios derivados, esta Sala considera procedente su cálculo a tenor de los datos aportados en el dictamen pericial encargado por la demandante a la consultora EDEI, que cuantifica los perjuicios causados por el retraso de la obra, 31 meses, en 11.258.075 €. Con lo que la indemnización que proporcionalmente corresponde a los 15 días de abandono alcanza la cantidad de 181.581,85 €, de los cuales 115.600,43 € corresponden al concepto de lucro cesante, y 65.981,42 € al concepto de daño emergente.

6. El motivo tercero del recurso de casación (II-C) debe ser desestimado. El recurrente insiste en que los daños causados por el retraso de la obra son de responsabilidad de la empresa constructora. Sin embargo, esta Sala, a tenor de la prueba practicada, considera correcta la conclusión que en el plano sustantivo alcanza la sentencia de la Audiencia de no considerar responsable último a la empresa constructora por el retraso general de la obra. Entre otras razones, por los incumplimientos previos de la parte demandante.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación en parte del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación, comporta que no se haga expresa imposición de las costas causadas por los mismos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398.2 y 394 LEC .

2. Como los recursos de apelación han sido estimados en parte no procede hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC . Y como la demanda principal y la demanda reconventional también han sido estimadas en parte tampoco procede imponer las costas causadas por las mismas a ninguna de las partes, conforme lo dispuesto en el artículo 394 LEC .

3. Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 15.ª LOPJ .



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

FALLAMOS

1. Estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad Inversiones y Gestiones Turísticas, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 18 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 68/2012, que se modifica, únicamente, en el sentido de añadir al pronunciamiento primero de su fallo la condena a la entidad Isolux Corsan, S.A., a pagar a la demandante la cantidad de 181.581,85 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios por el abandono injustificado de la obra, con los intereses legales a contar desde la presentación de la demanda; manteniendo inalterados el resto de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia.

2. No imponer a ninguna de las partes las costas generadas en primera y en segunda instancia. Ni tampoco las ocasionadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**, 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.