



Roj: **STS 2600/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2600**

Id Cendoj: **28079110012016100367**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2016**

Nº de Recurso: **888/2014**

Nº de Resolución: **376/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12795/2013,**
STS 2600/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 3 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 15 de julio de 2013 y el auto de aclaración de 25 de noviembre de 2013, dictada en recurso de apelación núm. 7/2013 de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 293/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Corsán-Corviam Construcción S.A., representado por el procurador D. Miguel Ángel Heredero Suero, bajo la dirección letrada de D. José Luis de Castro y de D. Pablo Morenilla, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Vallehermoso División Promoción S.A.U. representada por la procuradora Dña. María José Bueno Ramírez bajo la dirección letrada de D. Jesús Alonso Hernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- El procurador D. Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de Corsán-Corviam S.A., en la actualidad Corsán Corviam, Construcción S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Vallehermoso Promoción División S.A.U. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que:

»-Se declare que la demandada ha ejecutado indebidamente el aval entregado.

»-Se condene a la demandada Vallehermoso a que reintegre a mi mandante el importe del aval ejecutado, es decir, 1.819.650,79.-?.

»-Se condene a la demandada al pago de intereses, aplicando la Ley de Lucha contra la Morosidad en Operaciones Comerciales, desde la fecha del requerimiento notarial, 11 de junio de 2007, documento n.º 12 de la demanda.

»-Se condene a la demandada al pago de las costas causadas y que se causen con motivo de este procedimiento.».

2.- La procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Vallehermoso División Promoción S.A.U., 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:

«Desestimando íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

Y formuló demanda reconventional con los hechos y fundamentos jurídicos expuestos en sus alegaciones suplicando al juzgado una sentencia:

«Por la que estimando íntegramente la demanda deducida declare:

»1. El incumplimiento por parte de Corsán Corviam Construcción, S.A. de las obligaciones contenidas en el contrato de obra de 1 de noviembre de 2001 relativas a la correcta ejecución material de la obra y el correlativo derecho de mi representada a exigir el cumplimiento de tales obligaciones por su equivalente económico en las siguientes cuantías:

»B.2 - Daños constructivos ejecutados por mi mandante a su costa862.105,08.-?

»B.3 - Daños constructivos producidos pendientes de reparar.....1.106.210,50.-?

»2. El incumplimiento por parte de Corsán Corviam Construcción S.A. de las obligaciones contenidas en el contrato de obra de 1 de noviembre de 2001 relativas al plazo de entrega de las obras y el correlativo derecho de mi mandante a exigir la pena convencional en la cuantía de 1.819.650.-?.

»3. El derecho de mi representada a ser indemnizada por los demás daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dichos incumplimientos en la siguientes cuantías y conceptos:

»a) Por el importe de que se haya abonado y que se abone la resultar condenada en las sentencias judiciales a que e refiere el hecho quinto A) de la contestación a la demanda y reconvenición incluyendo gastos de defensa de mi mandante en esos procesos por importe de 246.606,35.-?

»b) Por el importe de los gastos del personal contratado a que se refiere el hecho quinto (final) por importe de 151.111,98.-?

»c) por el importe de los daños morales ocasionados que ascienden a la suma de 20.000.-? u otra que prudencialmente fije el Juzgador.

»4. Condene a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a pagar a mi representada las indicadas sumas, menos las ya abonadas como consecuencia de la ejecución del aval, esto es, dos millones doscientos treinta y cuatro mil novecientos veintiún euros (4.054.571,93 - 1.819.650.-? = 2.234.921,93.-?) más los intereses de esta última suma desde la interposición de la presente demanda y a las costas».

3.- El procurador D. Javier Vázquez Hernández en la representación que ostenta de Corsán Corviam Construcción S.A. solicitó la intervención provocada de otros intervinientes en la obra, arquitectos y proyectistas y arquitectos técnicos, que fue denegada por auto de 19 de mayo de 2009.

4.- El procurador D. Javier Vázquez Hernández, en representación de Corsán Corviam Construcción S.A., contestó a la demanda de reconvenición oponiéndose a la misma con las excepciones, hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, suplicando al juzgado se dicte sentencia:

«Por la que se desestime la demanda reconventional interpuesta, con expresa condena en las costas a la demandada- reconviniente, Vallehermoso».

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 12 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que Estimando de forma sustancial la demanda de juicio ordinario interpuesta por el procurador D. Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de la entidad mercantil Corsán Corviam S.A. (Corsán-Corviam, Construcción S.A. a la fecha de demanda), debo condenar y condeno a la demandada Vallehermoso División Promoción S.A.U. a que, tan pronto sea firme esta resolución, reintegre a la actora la cantidad de 1.783.312,47 euros, a que asciende la ejecución indebida de aval, con más intereses de la Ley 3/2004 desde la fecha de requerimiento notarial, 11 de junio de 2007 e imposición de las costas procesales causadas.

»Que desestimando sustancialmente las pretensiones de la demanda reconventional deducida por la procuradora D.^a María José bueno Ramírez, en nombre y representación de Vallehermoso División Promoción S.A.U. contra Corsán-Corviam Construcción S.A., debo declarar y declaro que la única cantidad imputable a la ejecución de aval asciende a la suma de 36.338,32 euros, que se deduce dela garantía ejecutada. Se imponen las costas causadas a la reconviniente.».



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Decimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 5 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales señora Bueno Ramírez, en nombre y representación que ostenta, contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones por el magistrado juez del juzgado de primera instancia número siete de los de esta capital, de fecha 12 de marzo de 2012 a que el presente rollo se contrae, debemos dar lugar parcialmente el mismo, y, en consecuencia, con revocación parcial de la meritada resolución debemos condenar y condenamos a la reconvenida Corsán Corviam Construcción S.A. al pago de la suma de 360.760,36.-? más el interés legal de dicha cantidad, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias. Con devolución del depósito constituido.».

Y con fecha 25 de noviembre de 2013, se dictó por la misma Sala auto aclaratorio de la sentencia, cuya parte dispositiva señala:

«La Sala acuerda: No haber lugar a subsanar y completar la sentencia. Igualmente debemos aclarar y aclaramos el fallo de la sentencia, en el sentido, de que la cantidad que debe abonar la reconvenida, Corsán-Corviam, Construcción S.A., asciende a la cantidad de 358.360,36 euros, dejando en todo lo demás incólume el meritado fallo».

Y con fecha 16 de enero de 2014, se dictó por la misma Sala auto de complemento de la sentencia, cuya parte dispositiva señala:

«No haber lugar a completar el auto de 25 de noviembre de 2013 , dictado a su vez como petición de la sentencia núm. 329/2013, de 15 de julio de 2013 , solicitada por la procuradora Sra. Bueno Ramírez».

TERCERO.- 1.- Por Corsán-Corviam Construcción S.A. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en particular de la norma contenida en el art. 222.4 de dicha Ley : el efecto prejudicial positivo de cosa juzgada solo se produce respecto de sentencias firmes.

Segundo motivo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2.º de la LEC), en particular de las normas contenidas en el art. 217.1 y 2 de la LEC , en relación con el art. 222.4 de dicha Ley , y en relación también con lo específicamente previsto en la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación : las normas generales sobre la carga de la prueba no se alteran como consecuencia de lo declarado en otro proceso cuando no concurren las condiciones para la producción del efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada, ni está justificada la extensión por equivalencia, de manera indirecta o refleja, de dicho efecto prejudicial.

Tercer motivo.- Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (art. 469.1.4.º de la LEC), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable, en relación con la explicación expresada por la sentencia de la Audiencia Provincial para justificar la estimación parcial del motivo segundo de la apelación formulada por la contraparte.

Cuarto motivo.- Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (art. 469.1.4.º de la LEC), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable, en relación con la estimación parcial del motivo tercero del recurso de apelación formulado por la contraparte con fundamento en el error en la valoración de la prueba pericial.

Y recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo único.- Infracción, por errónea aplicación, de la norma legal sustantiva reguladora de la efectividad de la pena convencional o cláusula penal, norma establecida en el art. 1152.II del Código Civil , en relación con los arts. 1100 y 1101 del mismo Código .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 27 de mayo de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de la entidad Vallehermoso División Promoción S.A.U., presentó escrito de oposición a los mismos.



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*

1. Acción ejercitada y sentencia de Primera instancia:

El presente recurso trae causa de la demanda interpuesta por la mercantil Corsán Corviam en la que se solicitaba, sustancialmente, que se declarase que la demandada, la también mercantil Vallehermoso, habría ejecutado indebidamente el aval entregado en su día para responder de los defectos de ejecución que pudieran derivarse del contrato de ejecución de obra suscrito entre las partes, condenando a la demandada al reintegro del importe del aval ejecutado por importe de 1.819.650,79 euros.

Por el juzgador de primera instancia se estimó, de forma sustancial, la demanda ejercitada condenando a la mercantil demandada a que reintegrara a la actora la suma de 1.783.312,47 euros, a que ascendía la ejecución indebida del aval, con los intereses legales desde el requerimiento notarial, con desestimación sustancial de la demanda reconventional formulada de contrario.

2. Sentencia de segunda instancia.

Interpuesto por la demandada recurso de apelación, la Sala *a quo* considera que, en puridad, en el supuesto de autos, de lo que se trata es de realizar una liquidación del contrato de ejecución de obra suscrito entre las partes, en virtud del cual se libró el aval para responder de su correcta ejecución. Y que, así, se formula demanda por la entidad constructora solicitando la devolución del aval suscrito frente a la promotora, por considerar que las obras se habrían ejecutado correctamente y que ya habrían sido pagadas, por lo que procedería la devolución del aval ejecutado, mientras que por la promotora se opone un cumplimiento contractual defectuoso.

Sentado lo anterior, la Sala *a quo*, tras examinar la prueba practicada, y las diferentes partidas devengadas determina que -en relación, a las cantidades que deben de ser abonadas por la promotora a consecuencia de determinadas sentencias de condena a instancia de terceros adquirentes de las viviendas o por las comunidades de propietarios por defectos constructivos- se tratan de defectos que caen dentro del ámbito de la responsabilidad de la constructora y dichas reclamaciones han sido atendidas y abonadas por la promotora, por lo que procede repetir lo abonado en los procedimientos anteriores. Pero, sin embargo, al no constar en la sentencias recaídas una distribución de responsabilidades entre los distintos intervinientes en la construcción, no pueden imputarse genéricamente todos los defectos constructivos a la constructora, por lo que deberá acudir a la regla de la mancomunidad simple. Y que, asimismo, respecto de la aplicación de la cláusula penal contractualmente establecida que es un hecho cierto y reconocido entre las partes que se ha producido una demora en la ejecución de las obras y que, además, existió un incremento de la obra, incluida una modificación estructural en los forjados de sótanos, pero para que dicho incremento de obra pueda considerarse relevante debe suponer la necesidad de mayor tiempo para la terminación de la obra, y que en el supuesto de autos no se habría determinado ni en la demanda ni en la contestación dicho incremento, ni ninguna comunicación de la constructora en relación a los plazos de ejecución en referencia a las modificaciones de obra, «por lo que debe de entenderse que la constructora aceptó expresa y tácitamente la ejecución de las obras dentro del plazo inicialmente fijado», por lo que debe de ser de aplicación al supuesto de autos la cláusula penal estipulada.

Frente a la citada sentencia se interpone por la parte demandada recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

3. Recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de los siguientes motivos: el primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción del art. 222.4 LEC, por considerar que el efecto prejudicial positivo solo se produce respecto de las sentencias firmes aportadas de contrario, pese a no haber alegado, ni acreditado, que éstas hubieran ganado firmeza; el segundo, al amparo del art. 469.1, 2.º LEC, por infracción del art. 217.1 y 2 LEC, en relación con el art. 222.4 LEC y DA 7.ª LOE, por considerar que las normas generales sobre la carga de la prueba no se alterarían como consecuencia de lo declarado en otro proceso, cuando no concurren las condiciones para la producción del efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada, pues no estaría justificada la extensión por equivalencia, de manera indirecta o refleja, de dicho efecto prejudicial, por lo que se habría liberado a la promotora demandante de la carga de acreditar la participación de la constructora demandada en la causación de los defectos constructivos que dieron lugar a la condena de la promotora como responsable solidaria, en distintos procesos judiciales entablados a instancia de terceros adquirentes, pese a no haber participado en dichos procesos la constructora, ni haber sido llamada a participar en el mismo,



sin que resulte, en ningún caso aplicable, la regla, aplicada en la resolución impugnada, de que se debe dividir equitativamente en partes iguales la responsabilidad cuando no ha sido posible acreditar la correspondiente cuota de participación en la causación del daño; el tercero, por al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable, en relación con la explicación expresada por la sentencia de la Audiencia Provincial, para justificar la estimación parcial del motivo segundo de la apelación formulada de contrario, respecto del pago de la suma de 70.274,15 euros, pero con ocultación del razonamiento seguido para obtener el cálculo de dicha imprecisa suma; y el cuarto, al amparo del art. 469.1, 4.º LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en su vertiente del derecho a que las resoluciones no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable, en relación con la estimación parcial del motivo tercero del recurso de apelación formulado por la contraparte con fundamento en el error en la valoración de la prueba pericial, respecto de determinados defectos constructivos que no fueron reconocidos por las sentencias previas recaídas, pero que se afirman constatados mediante pericias realizadas a instancia de la contraparte, y condenando a la constructora al pago de una cantidad de dinero calculada de manera imprecisa, a partir de datos incorrectos y contradictorios, y que determina la general ininteligibilidad de la sentencia recurrida.

4. Recurso de casación.

Por su parte, el recurso de casación se funda en un único motivo, por infracción del art. 1152.II CC, en relación con los arts. 1100 y 1101 CC, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha determinado la interpretación restrictiva de la existencia y alcance de la cláusula penal, y que la cláusula penal contractualmente convenida no resulta de aplicación cuando se han alterado los supuestos con base a los cuales se pactó, tal y como habría resultado acreditado en el supuesto de autos, por ampliación de la obra inicialmente contratada, sin haber estipulado una nueva fecha para la terminación de los trabajos, citando a tal efecto las SSTS de 16 de septiembre de 1986, de 1 de junio de 1995, de 25 de noviembre de 1997 y de 30 de noviembre de 1998, entre otras. Así, como las SSTS de 27 de febrero de 2002 y de 7 de diciembre de 1959, respecto de que, tal y como establece esta última resolución «después de establecida la cláusula penal (...) se hicieron encargos de obras, cuya efectividad era imposible llevar a cabo dentro del plazo en ella establecida; por lo cual, variado esencialmente el supuesto en que se basaba la cláusula en cuestión, quedó ésta inoperante y no puede reclamarse el abono de la sanción que implicaba».

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Motivo primero. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en particular de la norma contenida en el art. 222.4 de dicha Ley: el efecto prejudicial positivo de cosa juzgada solo se produce respecto de sentencias firmes.

Se alega que las sentencias dictadas con anterioridad en otros procedimientos a instancia de los adquirentes de las viviendas o de la comunidad de propietarios, carecen de efecto prejudicial positivo, al no constar que sean firmes.

Se desestima el presente motivo.

La cuestión de la no firmeza de las resoluciones que generan el efecto prejudicial positivo (art. 222. 4 LEC), es un cuestión nueva que no fue debatida en la instancia, máxime cuando en alguno de los procesos era información que estaba al alcance de la hoy recurrente pues fue demandada en aquellos procedimientos.

Esta Sala ha declarado la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (SSTS 28 de mayo de 2004, RC n.º 2171/1998; 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001 y 3 de diciembre de 2009, RC n.º 2236/2005). Por esta razón, no es admisible la introducción de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC n.º 1273/1995; 1 de febrero de 2000, RC n.º 1400/1995; 10 de julio de 1996, RC n.º 3108/1992; 27 de septiembre de 2000, RC n.º 2908/1995; 27 de febrero de 2007, RC n.º 287/2000; 24 de enero de 2008, RC n.º 5149/2000 y 14 de marzo de 2011, RC n.º 2114/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC 1430/2008).

TERCERO.- Motivo segundo. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2.º de la LEC), en particular de las normas contenidas en el art. 217.1 y 2 de la LEC, en relación con el art. 222.4 de dicha Ley, y en relación también con lo específicamente previsto en la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación: las normas generales sobre la carga de la prueba no se alteran como consecuencia de lo declarado en otro proceso cuando no concurren las condiciones para la producción del efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada, ni está justificada la extensión por equivalencia, de manera indirecta o refleja, de dicho efecto prejudicial.



Se alega que la extensión del efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada no conlleva la declaración, sin más, de responsabilidad de la constructora, cuando la condenada en aquellos procesos fue la promotora, a la que de acuerdo con el art. 217 de la LEC, le incumbía la carga de la prueba, a la que no ha hecho frente.

Se desestima el motivo.

La reconviniendo (hoy recurrida) reclamaba las cantidades que fueron objeto de su condena en anteriores procedimientos, algunos de ellos junto con la demandante en régimen de solidaridad. Esta petición ha sido estimada en la sentencia recurrida, en cuyo folio 20, párrafo segundo consta lo siguiente.

«Pues bien, del examen de la documental obrante en autos en relación con estas concretas reclamaciones, lo primero que conviene explicitar es que no consta en la sentencia de referencia una distribución de responsabilidades entre los distintos intervinientes en la construcción, procediéndose unos casos bien a la condena de la promotora por su condición de responsable solidario, bien a la condena de la promotora y constructora en los procedimientos en los que intervienen ambas como demandadas, pero sin establecer distinción ni individualización alguna respecto de las funciones de cada uno de los agentes de la construcción. En este sentido no puede pura y simplemente como hace la parte demandante estimar que todos los defectos son responsabilidad de la constructora, porque se trata de vicios propios de la construcción, pues con independencia de que algunos de ellos puede ser así, no es menos cierto que las sentencias de instancia no hacen la individualización de responsabilidades, y en este procedimiento tampoco se hace salvo el intento del dictamen pericial a instancias de la parte reconviniendo de imputar todas las responsabilidades a la constructora. Por ello y teniendo en cuenta que en el caso de la acción de regreso no puede, sin más, establecerse, en base al art. 222 de la LEC, que la responsabilidad sea única de la demandada, por lo cierto y verdad es que en anterior procedimiento no aparecen deslindadas las distintas responsabilidades de los intervinientes en el proceso constructivo, deberá acudirse a la regla de la mancomunidad simple. Pues bien aplicando tal regla y haciendo las sumas pertinentes, que debe excluirse los gastos abonados por la reconviniendo su propia representación jurídica y la referida a los actos de conciliación resulta que pueda imputarse a la constructora por estos conceptos la cantidad de 70.274,15.-? s.e.u.o.».

De dicho tenor se deduce que el motivo de la condena no fue el art. 222 LEC, que expresamente excluye sino el 1145 del C. Civil que en la sentencia recurrida se cita en párrafos precedentes.

Por tanto no puede entenderse infringido el art. 222 LEC, al no ser el fundamento de la resolución y por otro lado el art. 1145 no puede denunciarse en este recurso, al ser una infracción sustantiva (sentencia de 31 de diciembre de 2010, rec. 1886 de 2006).

Esta Sala en sentencias de 22 de mayo de 2009, rec. 2064 de 2004, y 19 de febrero de 2016, rec. 808 de 2014, ha declarado que cuando la promotora ejercita la acción de repetición contra el resto de los agentes de la edificación no puede trasladar automáticamente la condena, sino que ha de probar que los mismos son responsables de los defectos que dieron lugar a la previa condena.

En base a ello debemos declarar que:

1. En las previas sentencias aportadas se deduce que concurren vicios de construcción, valoradas como material probatorio.
2. El informe pericial del Sr. Jaime confirma los referidos vicios de ejecución, valorando antecedentes, deficiencias existentes y reclamaciones de los comuneros y de la comunidad.
3. Parte de las previas condenas judiciales, también lo fueron con participación como demandada de Corsán-Corviam, en dos de ellos.

CUARTO.- Motivo tercero. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (art. 469.1.4.º de la LEC), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable, en relación con la explicación expresada por la sentencia de la Audiencia Provincial para justificar la estimación parcial del motivo segundo de la apelación formulada por la contraparte.

Se alega que se desconocen los pasos que llevan a que en la sentencia recurrida se condene al pago de 70.274,15 euros (s.e.u.o.), unido a que la referencia a «salvo error u omisión» es incompatible con la exigencia de precisión de una sentencia.

Se desestima el motivo por dos razones:

1. El propio recurrente en el folio 24 de su recurso refiere lo siguiente:



«Como única explicación de la condena a Corsán-Corviam al pago de la cantidad (salvo error u omisión) de 70.274,15 euros, la sentencia consigna la explicación según la cual el cálculo de dicha cantidad resulta de la aplicación de la regla general de la mancomunidad simple (50%) respecto a los importes expresados en las sentencias aportadas por la apelante Vallehermoso, una vez descontadas las cantidades relativas a gastos de representación jurídica y los actos de conciliación.

»Como se indicó en el primer motivo, la Audiencia Provincial se estaría, tan sólo, refiriendo a las siguientes cuatro sentencias.

»- La sentencia de 22 de noviembre de 2005 , autos 586/2004, Juzgado de Primera Instancia núm .12 de Las Palmas de Gran Canaria (6.343,22 euros).

»- La sentencia de 8 de mayo de 2006 , autos 209/2005, Juzgado de Primera instancia núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria (15.119,15 euros).

»- La sentencia de 10 de julio de 2007 , autos 1160/2005, Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria; Vallehermoso ni siquiera especifica el importe de la cantidad; visto el fallo de esa sentencia, las 9 cantidades en el mismo indicadas suman un total de 118.087,36 euros;

»- La sentencia de 25 de febrero de 2008 , autos 1504/2006, Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria (23.130,52 euros).

»Si se suman esas cuatro cantidades (6.343,22 + 15.119,15 + 118.087,36 + 23.130,52 = 162.680,25 euros) y se divide el resultado de esa suma entre dos (mancomunidad simple), la cantidad resultante no coincide con 70.274,15.-? s.e.u.o., puesto que alcanza la cifra de 81.340,12 euros. Casi 11.000 euros de diferencia entre ambas cantidades es una incertidumbre incompatible con el canon de motivación exigible a las resoluciones judiciales».

Del propio tenor del recurso se deduce que el recurrente conoce a la perfección la motivación de la sentencia, los conceptos en que se basa la misma, las sentencias previas que justifican la condena, el importe de la misma y las cantidades que excluye.

Por ello no puede admitirse la falta de motivación, siendo la mención s.e.u.o. una simple cláusula de estilo, justificada en este caso, por las operaciones aritméticas que debe hacer el tribunal de apelación y que a la postre resultan incorrectas por complejas, pero que benefician al recurrente, por lo que resultan irrelevantes. Es más, dicha mención es un aviso leal a las partes para la comprobación de las cuentas por si entienden necesario impugnarlas en aclaración.

QUINTO .- Motivo cuarto. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (art. 469.1.4.º de la LEC), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable, en relación con la estimación parcial del motivo tercero del recurso de apelación formulado por la contraparte con fundamento en el error en la valoración de la prueba pericial.

Se alega por el recurrente que por defectos en la obra se condena al pago de 290.847 euros, cuando no debió superar la suma de 274.425,32 euros.

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara:

1. Se acogen los defectos expresados en el informe del perito Sr. Jaime , en concreto los capítulos VI, VII, VIII, IX, X y XI.
2. Se acepta la condena que ya se efectuó en primera instancia, por una cantidad de 36.338,32 euros.
3. En la sentencia recurrida se analiza porqué se condena a la constructora, por estos conceptos y no por otros, pues pese a existir falta de control por la promotora, eran partidas ineludibles en un buen hacer constructivo (folio 16 de la sentencia recurrida).

En cuanto a la valoración de la prueba , la jurisprudencia de esta Sala ha sido muy reiterada, en sentencias de 4 de febrero de 2011 , 9 de mayo de 2011 , 2 de junio de 2011 , 1 de julio de 2011 en este sentido:

«Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC . Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter



epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008 ; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009 ; 26 de febrero 2011 , entre otras).».

Por todo ello, al no constar una valoración probatoria ilógica, procede rechazar el motivo, por las razones expuestas y la desviación entre las cantidades concedidas y las fijadas en la pericial, tiene cabida en el margen de apreciación del tribunal al no excederse de lo pedido por el demandante.

Recurso de casación.

SEXTO .- Motivo único. Infracción, por errónea aplicación, de la norma legal sustantiva reguladora de la efectividad de la pena convencional o cláusula penal, norma establecida en el art. 1152.II del Código Civil , en relación con los arts. 1100 y 1101 del mismo Código .

Se alegó que la cláusula penal contractualmente convenida no resulta de aplicación cuando se han alterado los supuestos con base a los cuales se pactó, tal y como habría resultado acreditado en el supuesto de autos, por ampliación de la obra inicialmente contratada.

Se desestima el motivo.

En el contrato consta como cláusula decimosexta la siguiente:

«Decimosexta - penalizaciones.

»I. Para garantizar el cumplimiento del programa de obra previsto en planning y, en definitiva, la fecha de terminación real de la obra, se establece una penalización por retrasos parciales y finales de obra, sin perjuicio de la facultad que tiene la Propiedad de resolver el presente contrato.

»Para cuantificar estas penalizaciones, la Propiedad comprobará, en cualquier momento, si las unidades de obra realizadas se ajustan al programa previsto en planning, o al contrato, aplicando a los retrasos que existan, las penalizaciones determinadas en la escala siguiente:

»De 1 a 15 días naturales, penalización del 0,5 por mil pesetas diarias, sobre el precio total de la obra.

»De 16 a 30 días naturales, penalización del 0,75 por mil pesetas diarias, a partir del día 16, sobre el precio total de la obra.

»De 31 a 60 días naturales, penalización del 1,00 por mil pesetas diarias, a partir del día 31, sobre el precio total de la obra.

»De 61 días naturales, en adelante, penalización del 2,00 por mil pesetas diarias, a partir del día 61, sobre el precio total de la obra.

»Si la demora fuese superior a 90 días, la Propiedad podrá rescindir el contrato.

»II. En los retrasos parciales de obra, la Propiedad podrá retener el pago de las certificaciones que presente la Contrata, hasta tanto recupere el ritmo de ejecución previsto, a juicio de la Dirección Facultativa. Si estos retrasos parciales no exceden de 30 días naturales, respecto al planning, no se le aplicará penalización alguna, ahora bien, si el retraso excediera de este término, se aplicará desde el primer día las penalizaciones indicadas.

»Estas penalizaciones se devolverán a la Contrata, cuando la Propiedad compruebe que los retrasos han sido recuperados en el transcurso de la obra.

»III. Si la entrega final de la obra, se demorase del plazo previsto en este contrato, por causas imputables a la Contrata, la Propiedad tendrá derecho al cobro definitivo de las penalizaciones retenidas en el transcurso de la obra, así como a una penalización extraordinaria, por cada día de retraso, del 2,00 por mil pesetas diarias, sobre el Presupuesto de Contrato con un límite del 10% de dicho presupuesto y al abono de los daños y perjuicios que pudieran existir, como consecuencia de dicho retraso.

»IV. Las penalizaciones por retrasos parciales y finales, no cobradas durante el transcurso o fin de las obras, notificados formalmente a la Contrata, no supondrán en ningún caso, renuncia por la Propiedad a cobrarlas, por lo que ésta podrá ejercitar su derecho en cualquier momento, mediante compensación, con las certificaciones o liquidaciones de las obras, que presente la Contrata, o contra el aval.



»V. Si la Contrata llegara a demorar la terminación y entrega de las obras, por causas imputables a la misma, y si tales retrasos inciden negativamente en el percibo de créditos que la Propiedad pudiese tener para estas obras, la Contrata estará obligada a financiar a su costa el desfase, continuando la ejecución de la obra en los términos previstos, sin suspenderla, ni retrasar su ritmo, aún cuando no perciba el importe de las certificaciones mensuales. Todo ello, sin perjuicio del derecho de la Propiedad a dar por resuelto el presente contrato, por retraso en la ejecución de las obras».

En la sentencia recurrida se declara que no parece que las modificaciones de obra tuvieran incidencia real en la modificación del plazo, de forma tan importante como la que se ha producido. Añade que no existió comunicación por parte de la constructora tendente a modificar los plazos de ejecución.

A ello cabe añadir que en las cuatro actas de «aprobación» en las que convienen modificaciones del proyecto no se recoge ampliación de plazo y en dos de ellas expresamente se refiere que «estas modificaciones no suponen variación del plazo de ejecución».

Esta dinámica contractual es expresiva tratándose de dos operadores que habitualmente afrontan obras de gran calado, por lo que no cabe alegar desconocimiento ni inexperiencia por parte de la recurrente, la cual debió solicitar en su momento (cuando se negociaban las actas de aprobación) la pretendida ampliación de plazo, la cual en este momento no puede reconocérsele.

En el presente caso se produjo un retraso de más de trescientos días y dado que se pactó un límite para la cláusula penal consistente en el 10 % del presupuesto, la indemnización no alcanza a más de 50 días de indemnización, la cual ha de mantenerse.

Esta Sala ha declarado en sentencia de 4 de febrero de 2016, rec. 2097 de 2013 :

«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)... 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 ».

En base a esta doctrina se ha de mantener la cláusula penal dado el notorio retraso que no consta que sea imputable a las modificaciones de obra, por lo que no se alteró la base del negocio jurídico.

SÉPTIMO .- Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos (arts. 394 y 398 LEC).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Corsán-Corviam Construcción S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Heredero Suero, contra sentencia de 15 de julio de 2013 y auto de aclaración de 25 de noviembre de 2013, de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación al recurrente. Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.