



Roj: **STS 2624/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2624**

Id Cendoj: **28079110012016100375**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2016**

Nº de Recurso: **576/2014**

Nº de Resolución: **388/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15379/2013,**
STS 2624/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de junio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección vigesimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1980/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Elaborados Metálicos (EMESA) S.L., representada ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Javier Vázquez Hernández, siendo parte recurrida Obrascon Huarte Laín, S.A. (OHL), representada por el procurador de los Tribunales don Germán Marina Grimau

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1 .- El procurador don Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de Elaborados Metálicos Emesa, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Obrascon Huarte Lain,S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«-Se declare que la demandada OHL ha incumplido el contrato de ejecución de obra al no pagar la obra ejecutada a mi representada EMESA.

»-Se le condene a OHL al abono de la cantidad que adeuda como liquidación de obra y que asciende, conforme al Informe Pericial aportado, al importe de 27.119.438,05?, conforme al siguiente desglose: 28.445.556,10?, valoración del Informe Pericial, más el 16% de IVA, 32.996.845,08?, menos lo ya pagado por OHL, 5.877.407,03? = 27.119.438,05?-

»-Se condene a OHL al pago de intereses desde la fecha de presentación de esta demanda, aplicando la Ley de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, Ley 3/2004 de 29 de diciembre.

»-Se le condene a OHL al pago de las costas del procedimiento.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte

«sentencia por la que DESESTIME ÍNTEGRAMENTE las pretensiones deducidas en la misma, con expresa imposición de costas a la contraparte.»



- 3.-** La mencionada representación, al tiempo formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que,
- «estimando íntegramente la demanda reconvenicional formulada por OBRASCON HUARTE LAIN, S.A.:
- »(i) Declare que ELABORADOS METÁLICOS EMESA, S.A. ha incumplido sus obligaciones contractuales y que la resolución extrajudicial del Contrato de 29 de mayo de 2008 formulada por OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., mediante carta de 16 de abril de 2009, es ajustada a Derecho.
- »(ii) Declare que ELABORADOS METÁLICOS EMESA, S.A. debe indemnizar a OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. por los daños y perjuicios que le ha causado como consecuencia de los graves incumplimientos del Contrato de 29 de mayo de 2008, y que ascienden a un importe de 8.411.824,11?.
- »(iii) Declare que ELABORADOS METÁLICOS EMESA, S.A. viene obligada a abonar a OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. el importe de 2.016.195,66? por aplicación de la cláusula penal prevista en el apartado 4 de la Cláusula Décima del Contrato de 29 de mayo de 2008.
- »(iv) Declare que los importes que ELABORADOS METÁLICOS EMESA, S.A. viene obligada a abonar a OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. por los conceptos expuestos en los apartados (ii) y (iii) anteriores deben ser compensados con el importe pendiente de pagar por OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. a ELABORADOS METÁLICOS EMESA, S.A. por la obra ejecutada por ésta y, en consecuencia, declare que ELABORADOS METÁLICOS EMESA, S.A. está obligada a pagar a mi representada la suma de 1.356.170,28?.
- »(v) Condene a ELABORADOS METÁLICOS EMESA, S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a pagar a mi representada la citada cantidad de 1.356.170,28 ?, así como los intereses legales que correspondan, todo ello con expresa condena en costas a la demandante-reconvenida.»
- 4.-** Dado traslado de la reconvenición a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que
- «...se dicte en su día Sentencia por la que se desestime la demanda reconvenicional interpuesta, con expresa condena en las costas a la demandada-reconviniente, OHL.»
- 5.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:
- «Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador don Javier Vázquez Hernández en nombre y representación de ELABORADOS METÁLICOS EMESA S.L. y estimando parcialmente la reconvenición formulada por el procurador don Germán Marina Grimau en nombre y representación de OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL) debo condenar y condeno a OBRASCON HUARTE LAÍN S.A. a abonar a EMESA la cantidad de nueve millones setecientos treinta y tres mil seiscientos noventa y cinco euros con cuarenta y tres céntimos (9.733.695,43 euros) sin hacer expresa imposición de las costas causadas.»
- 4.-** En fecha 26 de octubre de 2012, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:
- SEGUNDO.- 1.-** Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la representación procesal de la actora y la demandada y sustanciada la alzada, la sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2013 , cuyo Fallo es como sigue:
- «Desestimar cada recurso de apelación, interpuesto por la respectiva representación procesal de cada parte: EMESA, S.L. y OHL, S.A., contra la sentencia nº 160/2012, de 23 de julio, del Juzgado de 1ª Instancia nº 19 de Madrid , dictada en el procedimiento ordinario nº 1980/2009, que confirmamos. No procede imponer las costas causadas en la segunda instancia a ninguna de las partes litigantes, y con reintegro a cada apelante del respectivo depósito para recurrir.»
- 2.-** En fecha 10 de enero de 2014, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:
- «Haber lugar a la subsanación en parte de la sentencia nº 485/2013 de 22 de noviembre, recaída en el presente rollo de apelación nº 148/2013 , en los términos comentados en el precedente razonamiento segundo y sin perjuicio de las matizaciones contenidas en el primer razonamiento jurídico del presente Auto, en torno a la preparación del recurso de casación, cuyo plazo para su interposición se inicia a partir de la notificación del presente Auto de aclaración a las partes litigantes.»



TERCERO.- El procurador don Francisco Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de Elaborados Metálicos Emesa S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos:

- 1) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (artículo 469.1-4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación arbitraria.
- 2) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (artículo 469.1.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación arbitraria.
- 3) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (artículo 469.1.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable al apreciar la prueba pericial.
- 4) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (artículo 469.1.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable al apreciar la existencia de cuestiones nuevas.

Por su parte el recurso de casación se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1) Infracción, por errónea aplicación, de la norma legal sustantiva de interpretación de los contratos contenida en el artículo 1281 del Código Civil , e infracción, por no aplicación, de las normas sobre interpretación contractual de los artículos 1282 , 1285 , 1286 y 1289 del Código civil .
- 2) Infracción, por errónea aplicación, de la norma legal sustantiva reguladora de la efectividad de la pena convencional o cláusula penal, norma establecida en el artículo 1152.2 del Código Civil , en relación con los artículos 1100 , 1101 , 1106 , 1107 , 1255 , 1258 , 1278 y 1281 a 1289 del mismo código .

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 21 de enero de 2015 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, así como dar traslado de los mismos a las partes recurridas, habiéndose opuesto por escrito a su estimación Obrascon Huarte Lain S.A., representada por el procurador don Germán Marina Grimau.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 10 de mayo de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la entidad Elaborados Metálicos S.A. (EMESA) se formuló demanda contra Obrascon Huarte Lain S.A. (OHL), en reclamación de la cantidad de 27.119.438,05 euros que consideraba le era adeudada en virtud del contrato de ejecución de obra de la estructura metálica del Palacio de Congresos de Orán, en Argelia. EMESA solicitaba que, tras la declaración de que la demandada había incumplido el contrato al no pagar determinadas certificaciones de obra, se liquidara el negocio y se condenara a OHL a pagarle la citada cantidad. Se incluía en ella, por un lado, la valoración de las unidades de obra que consideraba ejecutadas (21.929.788,18 euros) y, por otro, 6.561.727,92 euros por sobrecostes y extracostes que se habían producido, siendo la partida mayor la referida a los sobrecostes generados por retraso de OHL -o su subcontratada IDEAM- en la entrega de los planos de diseño de la estructura metálica (3.083.998,56 euros).

La demandada Obrascon Huarte Lain S.A. (OHL) contestó a la demanda poniendo de manifiesto, en primer lugar, que la única incumplidora del contrato había sido EMESA pues la obra ejecutada presentaba deficiencias técnicas muy graves en la fabricación de los elementos de la estructura y en la ejecución de los trabajos de montaje de la misma en la obra, lo que había causado un retraso de más de noventa días en la ejecución, en un proyecto en el que todas las partes involucradas eran conocedoras del carácter esencial del plazo de ejecución; y que, en consecuencia, el impago que denunciaba EMESA no constituía incumplimiento contractual por parte de OHL ya que, cuando se devengaron tales pagos, OHL ya había detectado y denunciado los reiterados incumplimientos de la demandante y, a pesar de numerosos requerimientos, la demandante no procedió a subsanar los defectos. Negó la demandada la valoración de la obra efectuada en la demanda así como los alegados sobrecostes; señalando que, conforme a las mediciones y valoraciones previstas en el contrato a efectos de liquidar la obra, la única cantidad que OHL reconocía adeudar a EMESA por la obra ejecutada era de 9.071.849,59 euros.



Mediante demanda reconvenional, OHL solicitó además que se declarase el incumplimiento contractual de EMESA por las deficiencias técnicas en la fabricación de los elementos de estructura y en la ejecución de los trabajos de montaje y por los retrasos que éstos causaron en la obra. De este modo la resolución del contrato llevada a cabo por su parte era correcta y solicitaba que EMESA fuese condenada a pagar la cantidad de 2.016.195,66 euros por aplicación de la cláusula penal establecida en el contrato para el caso de retraso en la ejecución de la obra, pues la misma había estado paralizada durante al menos noventa días por causa de la deficiente actuación de EMESA. Igualmente reclamaba la cantidad de 7.864.956,82 euros en concepto de los daños derivados de los gravísimos incumplimientos de la demandante que consistían fundamentalmente en el importe de los servicios prestados y materiales empleados por las terceras entidades que tuvieron que ser contratadas por OHL para subsanar los defectos de fabricación y ejecución en que había incurrido EMESA, así como los sobrecostes derivados de la ejecución de los trabajos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid dictó sentencia de fecha 23 de julio de 2012, aclarada por auto de 26 de octubre de 2013, por la que, estimando parcialmente la demanda, y también la reconvenición, tras operar la oportuna compensación entre lo debido por ambas partes, condenó a Obrascon Huarte Lain S.A. a abonar a EMESA la cantidad de ocho millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil setecientos nueve euros con veinticinco céntimos (8.444.709,25 euros) sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Entendió el Juzgado como acreditado que ningún incumplimiento contractual cometió OHL, sino que fue EMESA la que incumplió sus obligaciones contractuales, sin que quepa atribuir a OHL incumplimiento en cuanto a los pagos; y, sobre el retraso en la entrega de los planos de diseño -razón por la que EMESA solicitaba una indemnización de 3.083.998,56 euros en concepto de sobrecostes- declaró que no puede estimarse que haya habido un retraso por parte de IDEAM -tercero contratado-. La misma sentencia declaró que EMESA había incumplido el contrato, por lo que la resolución extrajudicial del operada por OHL era ajustada a derecho.

Partiendo de ello, procedió la sentencia a liquidar las consecuencias del contrato reconociendo a favor de EMESA la valoración de la obra efectivamente ejecutada, así como una cantidad referida a extracostes; y, por otro lado, reconoció a favor de OHL lo reclamado en la reconvenición en concepto de daños y perjuicios, así como el importe solicitado en aplicación de la cláusula penal expresamente pactada en el contrato, declarando probado al efecto que existió un retraso superior a nueve semanas, que era el máximo autorizado por la cláusula penal.

Las dos partes recurrieron en apelación y la sentencia de segunda instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25.ª) en fecha 22 de noviembre de 2013 desestimó ambos recursos.

Contra dicha sentencia recurre por infracción procesal y en casación la demandante EMESA.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El primero de los motivos se formula por infracción del artículo 24 CE, al considerar arbitraria la motivación de la sentencia. Según la parte recurrente, la Audiencia parece entender aplicable al recurso de apelación la jurisprudencia de esta Sala en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal, cuando se trataba de un recurso de apelación, que es un recurso ordinario, y la sentencia reproduce textualmente el contenido de la sentencia de primera instancia, como propio.

Destaca al respecto el motivo, los siguientes párrafos de la sentencia impugnada, en cuanto la Audiencia afirma:

«su misión como tribunal de apelación se limita a "verificar... si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado la Juez 'a quo' de forma arbitraria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso" (Fundamento de Derecho octavo, página 15).... »

«que conforme a "doctrina de esta Sección en esta clase de asuntos ... la valoración de la prueba es una función propia del juzgador de instancia cuyas conclusiones deben mantenerse a no ser que sean ilógicas, arbitrarias o contrarias a derecho según se expresa entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989" (Fundamento de Derecho Octavo, página 21).... »

«que "con el predominio de la libre apreciación, que es potestad de los Tribunales de instancia a efectos de casación, pero cuyo criterio también es predicable en parte respecto del recurso de apelación, porque el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez 'a quo' de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, o si, por el contrario,



la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso" (Fundamento de Derecho Noveno, página 23)... »

»que "la prueba pericial es de libre valoración por parte del juez" no pudiendo ser objeto de impugnación en vía [sic] cuando la valoración de tal prueba sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica" (Fundamento de Derecho Noveno, página 24)... »; o

»que "la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (sentencias, entre las más recientes, de 27 julio 2005 , 23 mayo 2006 , 18 mayo 2006 , 15 junio 2006 , 21 julio 2006 y 15 diciembre 2006)" (Fundamento de Derecho Duodécimo, página 37)... ».

El motivo ha de ser desestimado ya que aunque la sentencia contiene dichas expresiones que, sin duda, no se ajustan en parte al objeto y ámbito del recurso de apelación -sino que, más bien, resultarían propias de un recurso extraordinario como el de infracción procesal de que conoce esta Sala- es lo cierto que la misma sentencia se refiere ampliamente a la valoración de la prueba practicada en su fundamento de derecho octavo -en lo que se refiere al recurso de EMESA- y a la corrección con que la ha llevado a cabo la juzgadora de primera instancia que, con la máxima precisión, ha examinado los hechos alegados y ha deducido cuáles han de considerarse acreditados.

Podría afirmarse que la motivación en cuanto a la valoración de los elementos probatorios aportados a los autos viene dada por remisión a los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia y, como señala, entre las más recientes, la sentencia de esta Sala núm. 467/2015, de 21 julio (Rec. 2787/2013) «está admitida la motivación por remisión, cuando un tribunal de apelación acepta y hace suyas los razonamientos vertidos en la sentencia recurrida, siempre y cuando estos últimos cumplan con el estándar constitucional de motivación».

CUARTO.- El segundo motivo sigue la misma línea al denunciar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (artículo 469.1.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación arbitraria .

En realidad la motivación de las resoluciones judiciales viene exigida por el artículo 120 CE y por el artículo 218.2 LEC , que es norma reguladora de la sentencia, por lo que la denuncia de su falta -o su equivalente de arbitrariedad- procede por el n.º 2.º del artículo 469.1 sin necesidad de acudir al concepto constitucionalmente más amplio de la tutela judicial efectiva.

En cualquier caso no puede bastar la invocación de una frase equívoca- pero intrascendente en el conjunto de la sentencia- que se contiene en su fundamento de derecho noveno, para denunciar una infracción procesal cuya apreciación conduciría a la anulación de dicha sentencia, ya que las infracciones procesales catalogadas en el artículo 469 LEC son únicamente aquellas de carácter esencial cuya existencia condiciona el sentido de la resolución, de modo que para su subsanación no existe otro remedio que la anulación total o parcial de la sentencia para volver a resolver sobre la cuestión o cuestiones litigiosas que quedan afectadas por dicha infracción, lo que obviamente no ocurre en el caso ya que la frase a que se refiere el motivo -que es la cuarta de las que se han transcrito en el fundamento de derecho anterior- puede ser perfectamente eliminada de la sentencia sin que afecte a su motivación que, como se ha dicho, es fundamentalmente por remisión, lo que permite a la parte impugnar concretamente la concreta valoración de la prueba llevada a cabo en la primera instancia en cuanto reiterada en la sentencia de alzada.

En igual sentido cabe razonar en relación con el motivo tercero que se formula por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (artículo 469.1.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable al apreciar la prueba pericial . Sostiene la parte recurrente que la Audiencia Provincial, en el fundamento de derecho undécimo, alcanza la conclusión de que el contrato litigioso es «jasttrack, vía rápida o de construcción por fases» con fundamento en declaraciones de testigos-peritos, los cuales corroboraron sus dictámenes sobre «dicha naturaleza jurídica, criterio que considera la Sala más verosímil y mejor acreditado que el sostenido por la contraparte». Nuevamente se extrae una frase se la sentencia para pretender su anulación, lo que no puede ser procedente en tanto que en forma alguna se extrae de su conjunto que la calificación del contrato haya sido determinada por los peritos y, en cualquier caso, si la parte ahora recurrente discrepa de dicha calificación sostenida por la sentencia habría de combatirla en el seno del recurso de casación como cuestión que afecta al fondo del asunto litigioso.



QUINTO.- El cuarto y último motivo de infracción procesal se formula por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE (artículo 469.1.4 LEC) en su particular vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales no incurran en una motivación manifiestamente irrazonable al apreciar la existencia de cuestiones nuevas. Se denuncia la manifiesta irrazonabilidad de la motivación mediante la que se pretende justificar que las pretensiones relativas al pago del IVA y a la deducción de las retenciones implican el planteamiento de cuestiones nuevas respecto de las que ha precluido la posibilidad de que sean introducidas en el proceso y resueltas por el juzgador competente.

Cuando una pretensión es rechazada, con el argumento de que se trata de una cuestión nueva, está presente, sin duda, la motivación -de carácter procesal- que como se ha reiterado tiende simplemente a dar a la parte interesada las razones por las que se desestima su petición. Dicha pretensión podrá reproducirse en casación con las que se refieran al fondo del asunto o, en su caso, denunciarse por infracción procesal pero en tal caso por falta de exhaustividad o de incongruencia de la sentencia -que no ha resuelto la totalidad de las pretensiones- pero no por falta de motivación.

En cualquier caso, la propia parte recurrente recoge en la formulación del motivo fragmentos de la sentencia impugnada de los que resulta que, pese a considerar que se trataba de cuestiones nuevas las planteadas, se da razón de sus desestimación y lo que no cabe es pretender justificar el carácter novedoso de una cuestión -y de la pretensión a que se refiere- en el hecho de la posibilidad procesal de aportación de nuevos hechos, lo que la ley admite en supuestos excepcionales. Por ello no cabe argumentar -como hace la parte recurrente- en el sentido de que «cabe la posibilidad (como así se solicitó en el recurso de apelación) de ampliar el material fáctico de la primera instancia a través de los denominados *nova producta*, es decir, mediante hechos nuevos (artículo 460.2.3a de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sobre esta cuestión capital nada dice la Sentencia, como si la apelación regulada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil impidiera, en todo caso y sin excepción alguna. La introducción de hechos nuevos (*nova producta*) o anteriores desconocidos (*nova reperta*)... » razonamiento que es correcto pero que -aparte de exigir que los nuevos hechos se aporten en la forma exigida por la ley- en ningún caso admite la formulación de nuevas pretensiones como ha afirmado la Audiencia en relación con las que se contienen en el «suplico» del escrito de apelación.

Recurso de casación

SEXTO.- El primero de los motivos se formula por infracción de las normas referidas a la interpretación de los contratos, en concreto los artículos 1281 , 1282 , 1285 , 1286 y 1289 del Código Civil , por haber deducido la sentencia impugnada unas consecuencias jurídicas que contradicen «la verdadera y real intención de los contratantes». Sostiene como conclusión del motivo que «por aplicación de un criterio de lógica elemental, la adopción por las partes de un contrato de obra del sistema de gestión *fast track* determina una interpretación amplia de las previsiones relativas a la modificación del volumen de la obra, de sus condiciones, de su precio o de su plazo de entrega; y una concorde interpretación restrictiva de las previsiones sobre indemnizaciones por el incumplimiento de las determinaciones inicialmente proyectadas o penalizaciones por retraso».

Se olvida que en un contrato de tal entidad lo lógico es que cualquier previsión que afecte esencialmente a las prestaciones de las partes se lleve efectivamente a su texto, bien inicialmente o bien mediante una modificación novatoria para evitar que surjan problemas en la ejecución y cumplimiento. No, como sostiene la recurrente, que proceda una interpretación amplia de las previsiones relativas a la modificación de la obra, condiciones, precio y plazo de entrega, que ahora venga a satisfacer sus pretensiones.

Como destaca la parte recurrida en su escrito de oposición, la recurrente no pretende «resolver un problema jurídico concreto, sino una revisión completa de la interpretación contractual efectuada por la Audiencia Provincial», llegando a afirmar que la interpretación que se ha sostenido es contraria a la intención de los contratantes sin que deba atribuirse a este tipo de contratos «el rígido tratamiento jurídico que, respecto de los plazos de terminación y penalizaciones por retraso, Corresponde a los contratos en los que las partes han incluido una especificación técnica pormenorizada y previamente detallada en los planos», lo que equivale a señalar que los contratantes establecieron cláusulas que en su literalidad eran contrarias a su verdadera intención

La sentencia de esta Sala nº 692/2013, de 7 noviembre , pone de manifiesto

«cómo se ha de evitar la cita acumulada de las normas referidas a la interpretación de los contratos. En este sentido, la sentencia núm. 5/2010, de 22 de enero, recurso núm. 2638/2005 , en un supuesto en que se alegaba conjuntamente la infracción de los artículos 1281 , 1282 , 1285 y 1288 del Código Civil , señala que: "Los demás artículos relativos a la interpretación, tampoco pueden sustentar un motivo de casación, pues, como también ha dicho reiteradamente esta Sala, los preceptos relativos a la interpretación de los contratos son distintos entre sí, a veces contradictorios (como los dos párrafos del artículo 1281) y contemplan elementos o efectos de la interpretación, que no pueden ser alegados heterogéneamente como constitutivos de un motivo



de casación: así, sentencias de 28 de abril de 2000 , 3 de noviembre de 2000 , 29 de diciembre de 2000 , 30 de enero de 2008 , 8 de mayo de 2009 "... ».

En tal caso, lejos de darse cumplimiento a la finalidad de la casación, se estaría propiciando que este tribunal se constituyera en una nueva instancia con la finalidad de llevar a cabo una nueva interpretación del contrato, pese a no existir una infracción concreta de las normas de interpretación -cuya práctica totalidad considera infringidas la parte recurrente - ni haber sido obtenida una consecuencia incompatible con la armonía del contrato y lo expresado por quienes lo suscribieron.

En definitiva el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El segundo motivo denuncia que la Sentencia recurrida ha infringido el artículo 1152, párrafo segundo, Código Civil en relación con los artículos 1100 , 1101 , 1106 , 1107 , 1255 , 1258 , 1278 y del 1281 al 1289 de ese mismo Código al aplicar la cláusula penal prevista en el contrato.

Sostiene la parte recurrente que debe aplicarse la doctrina según la cual las cláusulas penales son de interpretación restrictiva y que en el caso no debió ser aplicada, ya que: a) los tribunales de instancia han declarado que concurre incumplimiento de obligaciones por ambas partes; b) el incumplimiento de EMESA no se ha debido a dolo, culpa o cualquier otra causa imputable a dicha parte y c) existe alteración de lo supuestos con base a los cuales se pactó.

No obstante, en cuanto al incumplimiento que se atribuye a OHL, no lo entendió así la sentencia impugnada que refiere cómo la dueña de la obra tenía causa suficiente para instar de OHL que procediera a la resolución del contrato celebrado con la subcontratista EMESA por demora en la ejecución de la obra, y que «el impago de las últimas certificaciones no constituye causa de resolución contractual a instancia de la subcontratista puesto que la falta de abono de las mismas se encontraba justificada en base a sus incumplimientos anteriores del contrato por retrasos denunciados en la carta de 17 de marzo de 2009 [...] ».

Tampoco dice la sentencia que el retraso en la ejecución de los trabajos encomendados no haya de ser imputado a EMESA ya que, por el contrario, le atribuye «evidentes retrasos y demás incumplimientos contractuales de la parte actora por no seguir las instrucciones impartidas por OHL» (fundamento octavo, párrafo primero), así como estima la presencia de un claro incumplimiento que justificó su expulsión de la obra (párrafo cuarto). Vuelve a reiterar en el fundamento noveno que «la resolución contractual unilateral de OHL se encuentra debidamente justificada.

Por otra parte, el hecho de la ampliación de la obra no puede suponer que se entiendan alteradas sustancialmente las bases sobre las que se estipuló la cláusula penal y mucho menos que por ello la misma quedara ineficaz. De ser así, tendría que haber sido puesto de manifiesto lógicamente al pactar la ampliación y no sólo no se hizo así sino que se convino que todas las condiciones inicialmente previstas se mantuvieran, incluida la cláusula penal. En la estipulación cuarta del documento en que se plasmó la ampliación se dice que «las cláusulas del contrato principal no sufrirán variación alguna por lo que estarán vigentes para esta ampliación de contrato».

Se ha de tener en cuenta además que incluso para el caso de que pudieran ser atendidas las alegaciones de la parte recurrente, esta Sala ha declarado, entre otras, en sentencia n.º 165/2002, de 27 febrero (Rec. 2791/1996), lo siguiente:

«Cierto que toda modificación o adición de obra suponen variación del proyecto inicial, por lo que no puede aplicarse la cláusula penal prevista para el retraso en la ejecución de dicho proyecto, pero ello en la hipótesis de que por la misma naturaleza de la nueva obra o por pacto de las partes no pueda llevarse a cabo en el plazo previsto en el contrato para la terminación de la total. De lo contrario se estaría legitimando al contratista para eludir la cláusula penal por cualquier modificación del proyecto. Si el contratista necesita más tiempo del pactado para terminar la obra, no hay razón alguna para que el retraso no esté penalizado, descontando por supuesto el que necesitó o se acordó para las adiciones o modificaciones.».

En definitiva si EMESA necesitaba aumentar el plazo de ejecución por ampliación de la obra encargada, con la consiguiente repercusión en la aplicación de la cláusula penal, debió advertirlo así y no admitir tal ampliación si no se le concedía un plazo mayor.

Por ello este motivo también ha de ser desestimado al no poder ser apreciada infracción alguna de los numerosos preceptos que se consideran vulnerados.

OCTAVO.- Desestimados ambos recursos, procede condenar a la recurrente al pago de las costas causadas por los mismos (artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con pérdida de los depósitos constituidos.



FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos por infracción procesal y de casación formulados por la representación de Elaborados Metálicos Emesa S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25.ª) en Rollo de Apelación n.º 19 de dicha ciudad. **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por dichos recursos con pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ