

Id Cendoj: 28079110012010100716
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 256/2007
Nº de Resolución: 726/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x OBRA (CONTRATO DE OBRA) x
- x CONTRATO DE OBRA x
- x CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA x
- x ALIUD PRO ALIO x
- x INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES x

Resumen:

Arrendamiento de obra. Calificación del contrato. Doctrina del aliud pro alio.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de RECUBRIMIENTOS BINEFAR, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Huesca el día 23 de noviembre de 2006, en rollo de apelación número 173/2006, dimanante de juicio ordinario seguido con el número 59/2005 y tramitado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Monzón (Huesca), sobre reclamación de cantidad.

Han comparecido ante esta Sala:

- 1) En calidad de parte recurrente RECUBRIMIENTOS BINÉFAR,SA, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don JOSÉ LUIS FERRER RECUERO.
- 2) En calidad de parte recurrida BODEGAS FAUSTINO, SL, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don MANUEL INFANTE SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA.

1. La Procuradora de los Tribunales, doña RAQUEL PÉREZ CAUDEVILLA, en nombre y representación de BODEGAS FAUSTINO, SL, interpuso demanda contra RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZAGADO que teniendo por presentado este escrito, documentos y copias, se sirva admitirlos, tener por formulada demanda de juicio ordinario contra RECUBRIMIENTOS BINEFAR, S.A. cuyos datos obran en el encabezamiento y previa la tramitación oportuna dicte sententia condenando a la demandada al pago a mi representada de la suma de 472.646,29 euros, correspondiente a los daños que se han producido hasta el momento actual, por los siguientes conceptos: Coste total de la subsanación del problema de las botellas existentes en el almacén listas para su venta. (Producto terminado) 58.443,54 #.Coste total de la subsanación del problema de las botellas llenas separadas de la línea antes del

etiquetado. 83.795,69 #.Coste de las botellas defectuosas suministradas por REBINSA y de imposible utilización, (Coste de las botellas más el tratamiento). 327.600 #.Gastos devoluciones efectuadas 2.807,06 . Más los intereses devengados y costas procesales.

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN.

2. Repartida al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Monzón, y seguidos los trámites con el número 59/2005 de autos de juicio ordinario, compareció ante el Juzgado RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, representada por la Procuradora doña MERCEDES CAPUZ ASENSIO, que contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado que dictase en su día Sentencia en los siguientes términos:

"SUPlico AL JUZGADO que por presentado este escrito, lo admita, que tenga por personada y parte en la representación que ostento de REBINSA, por contestada la demanda interpuesta por BODEGAS FAUSTINO S.L. y dicte en su día sentencia por la que absuelva a mi patrocinado de todas las pretensiones formuladas en su contra con imposición de las costas a la actora."

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA.

3. Seguidos los trámites oportunos recayó sentencia el día 28 de marzo de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Pérez en nombre y representación de BODEGAS FAUSTINO SL, y en consecuencia DEBO CONDENAR Y CONDENO a RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, a abonar a la parte actora la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE EUROS Y VEINTICUATRO CENTIMOS (464.169,24 #), más los intereses legales desde la fecha de la demanda, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta sentencia las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que en su caso deberá interponerse ante este mismo juzgado dentro de los 5 días siguientes al en que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

4. Solicitada la aclaración de la sentencia el 18 de abril de 2006 recayó auto cuya parte dispositiva dice:

HA LUGAR A ACLARAR la sentencia de fecha 28 marzo 2006 en el sentido siguiente: en el fundamento jurídico segundo epígrafe sexto donde dice "... se firma un contrato de suministro...", debe decir "se firma un contrato de arrendamiento de obra..."

No ha lugar a las restantes aclaraciones interesadas.

La presente resolución es firme."

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN.

5. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Huesca con el número de rollo de apelación civil 173/2006 , recayó sentencia el día 23 noviembre 2006, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia dos de Monzón en los autos anteriormente circunstanciados, confirmamos íntegramente dicha resolución y condenamos a la citada apelante al pago de las costas causadas en esta alza.

Notifíquese y devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de la sala, definitivamente

juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos mandamos y firmamos."

QUINTO: EL RECURSO

6. La Procuradora doña INMACULADA CALLAU NOGUERO, en nombre y representación de RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, interpuso recurso de casación contra la expresada sentencia de la Audiencia Provincial, con apoyo en cinco fundamentos con el siguiente contenido:

Primero: Vulneración de los *artículos 2, 325,336 y 342 del Código de Comercio, y 1101, 1106 1107 del Código Civil.*

Segundo: incorrecta aplicación de las normas del Derecho Común a una relación entre comerciantes e indebida calificación de la relación jurídica.

Tercero: Infracción de los *artículos 336 y 342 del Código de Comercio .*

Cuarto: Infracción de los *artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil* en relación a la condena de indemnizar daños y perjuicios y su extensión.

Quinto: Conclusiones.

SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO / DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN.

7. Personada la recurrente ante esta Sala bajo la representación del Procurador don JOSÉ LUIS FERRER RECUERO, en fecha de 16 febrero 2009 se dictó auto del tenor literal siguiente:

"LA SALA ACUERDA :

1.- ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, contra la sentencia dictada con fecha 23 noviembre 2006 por la Audiencia Provincial de Huesca , en el rollo de apelación nº 173/2006 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 59/2005 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Monzón.

2.- Entréguese copia del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su posición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen."

8. Dado traslado del recurso a la parte recurrida, por el Procurador don MANUEL INFANTE SÁNCHEZ se presentó escrito de impugnación del recurso formulado de contrario.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

9. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de octubre de 2010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA: Las sentencia que se citan son de esta Sala si no se dice lo contrario.

PRIMERO: ANTECEDENTES

1. Hechos

10. Los hechos que, en correcta técnica, se declaran probados por la sentencia de la primera instancia, asumidos de forma expresa por la sentencia de apelación, integrados en lo menester, son los siguientes:

1) BODEGAS FAUSTINO S.L. se dedica a la producción de vinos acogidos a la denominación de origen Rioja, entre ellos el vino de gran reserva "Faustino I", que se caracteriza por haber envejecido en bodega antes de sacarlo a la venta un mínimo de dos años en barrica y tres en botella.

2) Las botellas en las que se comercializa el vino "Faustino I" se caracterizan por la presentación y revestimiento de la botella, con una etiqueta con la mención de Faustino I y la de reproducción de un personaje con aire flamenco holandés, un revestimiento opaco y un enmallado dorado.

3) La sociedad RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, se dedica a recubrimientos industriales.

4) En enero de 1998 BODEGAS FAUSTINO SL y RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, suscribieron un contrato, por el que la segunda se encargaría de realizar el revestimiento de las botellas que la actora la remitiese procedentes de la entidad VIDRALA S.A., de acuerdo con el modelo "Surface glas old" C.-63, acordándose un precio de 30 pesetas por botella y fijándose un consumo anual estimado en 2 millones de botellas.

5) En el mes de mayo de 2002 se detectó la anomalía consistente en la aparición de botellas con desconchones en el revestimiento.

6) Los gastos para la subsanación de los defectos advertidos alcanzan la cifra de 110.261 ,77 #.

7) El coste de las botellas defectuosas más el tratamiento suman 327.600 #.

8) Los costos salariales del personal motivados por las necesarias revisiones de las botellas para apartar del proceso las botellas defectuosas asciende a 26.307,47 #.

2. Posición de las partes

11. La demandante, en los términos transcritos en el antecedente de hecho primero de la presente sentencia interesó, en síntesis, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos hasta la presentación de la demanda y derivados del incumplimiento contractual de la demandada, que cifró en 472.646,29 #.

12. La demandada se opuso a la pretensión actora, y, en los términos transcritos en el antecedente de hecho segundo de la presente sentencia, solicitó la desestimación de la demanda.

3. Las sentencias de Instancia

13. La sentencia de la primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada al pago de 464.169,24 #.

14. La sentencia de apelación desestimó el recurso interpuesto por RECUBRIMIENTOS BINÉFAR SA. y confirmó la sentencia de primera instancia.

4. El recurso

15. Contra la expresada sentencia de la Audiencia Provincial RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, interpuso recurso de casación que desarrolla en cinco fundamentos, de los cuales el primero se limita a enumerar los *preceptos que la recurrente en infringidos*, y el quinto expone, a modo de recapitulación, las conclusiones que al carecer de la recurrente derivan del recurso, por lo que carecen de contenido casacional.

16. En consecuencia, limitaremos nuestro estudio a los argumentos vertidos a modo de submotivos en los fundamentos segundo, tercero y cuarto.

SEGUNDO: SEGUNDO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Enunciado y desarrollo del submotivo

17. El primero de los submotivos del recurso de casación tiene por finalidad impugnar la calificación del contrato suscrito entre las partes como arrendamiento de obra y se enuncia en los siguientes términos:

Incorrecta aplicación de las normas del Derecho Común a una relación entre comerciantes e individuo calificación de la relación jurídica

18. En su desarrollo la recurrente impugna la calificación del contrato suscrito entre las partes como arrendamiento de obra y sostiene:

1) Que la sentencia de instancia prescinde de que los contratantes tienen la condición de comerciantes cuyas relaciones se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio.

2) Que la recurrente "vendía mercantilmente" el recubrimiento de las botellas suministradas por VIDRALA S.A., por lo que, dado el volumen y periodicidad de la prestación a cargo de la recurrente, el contrato suscrito entre las partes debe ser calificado como de suministro, al que resultan aplicables las normas del Código de Comercio.

3) Que para determinar la naturaleza jurídica del contrato es preciso acudir a lo que disponen los *artículos 1281 y 1282 del Código Civil*.

4) Que la sentencia incurre en contradicción al afirmar por un lado que la recurrente "no vendía nada", y señalar por otro que se está en presencia de un "aliud por alio".

2. Valoración de la Sala.

19. La respuesta al submotivo así planteado debe partir de las siguientes premisas:

1) A diferencia de otros sistemas como el suizo, el italiano o el holandés, en los que el Derecho privado se regula de forma unitaria, en el nuestro pervive la regulación fragmentada en Derecho civil y Derecho mercantil, pero, en contra de lo insinuado por la recurrente, la norma huye de la idea un Derecho singular aplicable a la casta de los comerciantes, y, sin perjuicio de que en determinados supuestos la mercantilidad de una relación viene definida por la intervención de "comerciantes" -un claro ejemplo se halla en el *artículo 303 del Código de Comercio* que requiere para que el depósito sea mercantil "*que el depositario, al menos, sea comerciante*" -, parte de la aplicación de la norma en función de que la relación sea susceptible de ser calificada como acto objetivo de comercio -el *artículo 2 del Código de Comercio* se refiere a "*Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten...*" -, por hallarse regulado en el propio Código o tenga naturaleza análoga -el segundo párrafo del *artículo 2* dispone que "*Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*" -, independientemente de la condición de quien ejecuta el acto, por lo que cuando no está regulada la relación en la normativa especial, no cabe forzar su calificación a fin de reconducir las relaciones entre "comerciantes" o "empresarios" a alguno de los tipos regulados en el Código de Comercio, con exclusión de los contratos típicos regulados en la legislación común y, desde luego, en modo alguno se puede rechazar la calificación del contrato suscrito entre "comerciantes" como "contrato de obra."

2) La libertad de autonormativa vigente en nuestro sistema, autoriza a las partes para diseñar el marco jurídico regulador de los derechos y obligaciones de las partes para obtener un determinado objetivo económico, por lo que, como regla, para la calificación del contrato es insuficiente atender exclusivamente a la finalidad perseguida cuando esta puede obtenerse por diferentes vías, debiendo estar a su contenido obligacional, incluso por encima de la calificación dada por las partes, toda vez que si bien puede ser altamente ilustrativa de lo querido por los contratantes, como afirma la sentencia 1191/2004, de 20 de diciembre : *La calificación del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable: es precisa una previa interpretación para llegar a la correcta calificación del contrato, la cual está por encima de las declaraciones e incluso de la voluntad de los sujetos: «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan», ha dicho la doctrina y así lo ha seguido la jurisprudencia de esta Sala (aparte de otras, SSTS de 22 de octubre y 10 de noviembre de 1986 , 7 de julio de 1987 , 3 de mayo de 1993 y 21 de mayo de 1997)*.

3) En nuestro sistema la calificación del contrato, en aquellos extremos que supone la fijación de hechos probados y la finalidad perseguida por las partes, está atribuida a los tribunales de primera y segunda instancia, limitándose el control por medio del recurso de casación a la vertiente jurídica en supuestos excepcionales de error patente o interpretación arbitraria o absurda de lo pactado.

4) La regla "aliud por alio" para significar la pretensión de una de las partes de sustituir de forma unilateral de la prestación debida por otra distinta es aplicable a todos los contratos en los que, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 1157 del Código Civil*, el pago de la deuda exige entregar una cosa, dada la necesaria identidad entre la cosa a entregar y la entregada para que se despliegue el efecto solutorio.

20. Pues bien, previsto en el *artículo 1544 del Código Civil* que en el arrendamiento de obras o servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto, la obligación de entrega ínsita en el contrato, la aproxima al contrato de compra- venta por el que, de acuerdo con el *artículo 1445 del propio*

Código , una de las partes se obliga a entregar una cosa determinada y la otra a pagar un precio cierto, singularmente en aquellos casos en los que, recayendo el contrato sobre una cosa futura, quien debe entregar tiene previamente que ejecutar, afirmándose incluso su carácter mixto cuando quien ejecuta la obra debe además suministrar el material.

21. En el presente caso, estipulado que la recurrente debía recibir, revestir y entregar revestidas de acuerdo con el modelo C.-63, las botellas de vidrio tipo Borgoña propiedad de la demandante, la conclusión de la Audiencia confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, calificando el contrato como arrendamiento de obra, ya que *"la ahora apelante no vendía nada a la demandante. Simplemente le revestía las botellas que la actora había comprado antes a Vidrala"* , de tal forma que la obligación contraída por la recurrente no era la entrega del material con el que efectuar el revestimiento, sino el resultado de su aplicación o, como gráficamente afirma la sentencia *"lo que tenía que hacer y lo que hacía es pintar las botellas que la actora había comprado a un tercero"* ya que *" El mismo representante de la recurrente, al declarar en primera instancia, indicó que no eran más que aplicadores de una pintura"* , quedando totalmente en un segundo plano el suministro de la pintura con la que revestir las botellas, no se revela absurda ni arbitraria, por lo que debe ser respetada.

TERCERO: TERCER FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Contenido del submotivo.

22. El tercer submotivo del recurso de casación tiene por objeto propugnar la aplicación de los plazos de "prescripción" previstos en los *artículos 336 y 342 del Código de Comercio* para las acciones por vicios o defectos en la compraventa mercantil, a la reclamación de la actora.

2. Valoración de la Sala.

23. Para rechazar el submotivo es suficiente significar que, fracasado el intento de la recurrente de modificar la calificación del contrato como contrato de obra, devienen inaplicables los cortos plazos de caducidad fijados para el ejercicio de las acciones edilicias en la compraventa mercantil -la naturaleza del plazo ha sido reiterada en numerosas sentencias, entre las más recientes, en la 22/2009, de 23 de enero -pero es que, además, la doctrina del *aliud pro alio* , o entrega de una cosa por otra distinta aplicable en los casos en los que el defecto de calidad de lo entregado es de tal intensidad que es impropio predecir al que se destina, impide tener por cumplido aunque de forma defectuosa el contrato, es aplicable a los contratos mercantiles de suministro (en este sentido, sentencia 35/2010, de 17 de febrero y las en ella citadas), y como sostiene la sentencia de apelación, sin incurrir en modo alguno en interna contradicción, al tratarse de un argumento *ex abundantia* : *"además, aún en el caso de que se hubiera tratado de una relación de compra-venta, tendríamos que, entonces estaríamos ante un aliud pro alio al que tampoco le sería de aplicación el plazo de caducidad propio de las acciones edilicias que la recurrente invoca"*.

CUARTO: CUARTO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN.

1. Enunciado y desarrollo del recurso.

24. El cuarto de los submotivos del recurso de casación tiene por finalidad combatir la cuantía de los daños y perjuicios fijados en la sentencia recurrida y se formula en los siguientes términos:

Infracción de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil en relación a la condena de indemnizar daños y perjuicios y su extensión.

25. En su desarrollo la recurrente mezcla argumentos y afirmaciones que van desde la posible incongruencia de la sentencia con infracción del *artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , hasta la falta de prueba de la cuantía de los daños, pasando, entre otros alegatos, por la falta de prueba del incumplimiento, el desconocimiento por la sentencia de las reducciones que debían realizarse por haberse pactado expresamente en el contrato, y el incumplimiento por la demandante del deber de examen del producto recibido.

2. Valoración de la Sala.

26. Con independencia de que la acumulación de alegatos heterogéneos dificulta la identificación de la infracción denunciada, el submotivo ignora que la sentencia recurrida ha declarado probado el importe de los daños y perjuicios sufridos por la demandante, por lo que, al partir de un supuesto fáctico diferente al proclamado por la sentencia recurrida sin haber desvirtuado previamente su base fáctica valiéndose del

cauce legalmente establecido para ello, hace supuesto de la cuestión y aboca a la desestimación del submotivo.

QUINTO: COSTAS

27. Las costas del recurso se imponen a la recurrente de acuerdo con lo previsto en el *artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

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

FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por RECUBRIMIENTOS BINÉFAR, SA, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don JOSÉ LUIS FERRER RECUERO, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Huesca el día 23 noviembre 2006, en el rollo de apelación civil número 173/2006, dimanante de juicio ordinario número 59/2005 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Monzón.

Segundo: Imponemos a la expresada recurrente las costas causadas por el recurso casación que desestimamos.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos, con testimonio de esta resolución a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .Firmado y Rubricado.-Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , 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.