

Roj: STS 8282/2011
Id Cendoj: 28079110012011100820
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 841/2008
Nº de Resolución: 911/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario 554/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Torremolinos, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal la entidad mercantil PROMOSUITE, S.L. el procurador Don Ramón Rodríguez Nogueira. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador Don Miguel Angel de Cabo Picazo, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Benalmádena-Costa (Málaga).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador don Rafael Rosa Cañadas, en nombre y representación de La Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , interpuso demanda de juicio ordinario contra Promosuite S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: a) Se condene a la demandada a ejecutar las obras precisas para que los elementos comunes del Conjunto Residencial DIRECCION000 se ajusten a los planos de Proyectos que obtuvo licencia de obras del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena en expediente NUM000 y a la publicidad de la promoción, sin vicios ruinógenos funcionales b) Alternativamente, se condene a la demandada a abonar a mi mandante el importe en el que se presupuestan las obras ras contenidas en el informe pericial que se adjunta asciende a 473.974,62 euros (cuatrocientos setenta y tres mil novecientos setenta y cuatro euros con sesenta y dos céntimos) para que los elementos comunes se adecuen a lo proyectado y pactado sin vicios ruinógenos funcionales.

2.- El procurador don Alfredo Gross Leiva, en nombre y representación de Promosuite S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que acogiendo las pretensiones aducidas por esta parte se desestime en su integridad la demanda interpuesta de contrario y todo ello con expresa condena al pago de las costas causadas a la parte demandante

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Torremolinos, dictó sentencia con fecha uno de diciembre de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por el procurador don Rafael Rosa Cañadas, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de Benalmádena- Costa (Málaga) contra la entidad mercantil Promosuite S.L. representada por el Procurador don Alfredo Gross Leiva, debo condenar y condeno a la expresada demandada a ejecutar las obras necesarias para adecuar la realidad entregada a lo realmente ofrecido con relación al Conjunto Residencia DIRECCION000 especificadas en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución en los términos allí expuestos, en concreto:*

A) Ejecución de escalera de acceso a zona deportiva y piscina.

B) Adecuación de la Piscina a los artículos 6, 22 y 23 del Reglamento Técnico Sanitario de Piscina de la Junta de Andalucía , Decreto 23/99 y

C) Enlosado del camino y zona de alrededor de la piscina con loseta de barro cocido, en las mismas condiciones y aspecto exterior al ofrecido en las publicidad.

Todo ello sin expresa condena en costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga , dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por el procurador don Rafael Rosa Cañadas en nombre y representación de Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , con revocación parcial de la sentencia dictada el uno de diciembre de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torremolinos en el Juicio Ordinario nº 554/05 , debemos condenar y condenamos a Promosuite S.L. a realizar las obras precisas para la geometría y dimensiones de la piscina y la cota de la zona ajardinada se ajusten a los planos del Proyecto que obtuvo licencia de obras del Ayuntamiento de Benalmádena, confirmando en el resto de sus pronunciamientos sin hace expresa imposición de las costas de esta alzada.*

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después **interpuso recurso de extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de Promosuite S.L. con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción del *artículo 218 apartados primero y segundo* de la LEC, por no aplicación de las normas reguladoras del deber de congruencia, motivación y exhaustividad de las sentencias. **SEGUNDO**.- Infracción de los *artículos 316, 319 apartado primero y 326 apartado primero* de la LEC, entre otros, por vulneración de las normas relativas a la valoración de la prueba. **TERCERO**.- Infracción del *artículo 219 apartados segundo y tercero* de la LEC, por vulneración de la prohibición de las condenas con reserva de liquidación.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Se alega infracción de los *artículo 1445 y 1461, 1124 y 1166 del Código Civil* , a tenor de la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla. **SEGUNDO**.- Se alega la infracción de la doctrina jurisprudencia del "aliud pro alio", y que en este caso no era inhabil para destinarlo al uso para el que se adquirió, no bastando la existencia de mera diferencias con el proyecto inicial, S T.S. de 8 de febrero de 2003.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 15 de septiembre de 2009 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador don Miguel Angel de Cabo Picazo, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios DIRECCION000 presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de noviembre del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DE BENALMÁDENA-COSTA (MÁLAGA), interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad mercantil PROMOSUITE, S.L, en la que solicitó la condena de la demandada a ejecutar las obras precisas para que los elementos comunes del conjunto residencial de su propiedad se ajusten a los planos del proyecto que obtuvo licencia de obras del Ayuntamiento de Benalmádena y a la publicidad de la promoción, sin vicios ruinógenos funcionales, y, alternativamente, la condena a abonar 473.974,62 euros como importe en el que se presupuestan las obras en el informe pericial que se adjunta con la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a ejecutar las obras necesarias para adecuar la realidad entregada a lo realmente ofrecido, especificadas en el Fundamento de Derecho Cuarto. En concreto: a) Ejecución de escalera de acceso en zona deportiva y piscina. b) Adecuación de la piscina al reglamento técnico sanitario de la Junta de Andalucía, *Decreto 23/99* , y c) Enlosado del camino y zona alrededor de la piscina con loseta de barro cocido en las mismas condiciones y aspecto exterior ofrecido en la publicidad.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante dictándose sentencia de fecha 31 de enero de 2008 , la cual estimó en parte el recurso y revocó la sentencia de primera instancia condenando a la parte demandada a realizar las obras necesarias para que la geometría y

dimensiones de la piscina y la cota de la zona ajardinada se ajuste a los planos del proyecto que obtuvo licencia de obras del Ayuntamiento de Benalmádena. La sentencia se confirmó en el resto de pronunciamientos.

La parte demandada, PROMOSUITE, S.L, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Se alegan tres motivos, todos ellos al amparo del *ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC 2000*. En el *motivo primero* se denuncia la infracción de los *artículos 218 apartados primero y segundo* de la LEC por no aplicación de las normas reguladoras del deber de congruencia, motivación y exhaustividad de las sentencias, por cuanto no da respuesta a la pretensión formulada por la parte actora, ignorando los elementos fácticos y jurídicos fundamentales del litigio.

Se desestima.

En primer lugar, la sentencia recurrida no es incongruente, pues no hay quiebra de la relación que debe existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones de las partes, que no han sido alteradas en lo sustancial (SSTS 11 de febrero de 2010 ; 10 de noviembre de 2011). Lo que se pide es que se condene a la demandada a ejecutar las obras precisas para que los elementos comunes se ajusten a los planos del proyecto que obtuvo la licencia de obras del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena y a la publicidad de la promoción, sin vicios ruinógenos funcionales, y a lo que se condena a la demandada es a ejecutar las obras precisas para que la geometría y dimensiones de la piscina y la cota de la zona ajardinada se ajusten a dichos requisitos, sin que sea óbice el hecho de que la condena se lleve a cabo en el trámite de ejecución, que es donde procede hacerlo, como condena de hacer que no tiene más contenido que aquellas obras que la recurrente conoce por no haberlas ejecutado conforme a lo que se había comprometido.

En segundo lugar, la sentencia recurrida cumple también con el deber de motivación, pues en ella se exponen los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuales han sido los criterios fácticos y jurídicos que fundamentan la decisión, de una forma comprensible y que, como acto de aplicación del Derecho, permite su control jurisdiccional por medio del sistema de recursos. Y es que la discrepancia de la recurrente con la forma en que fueron resueltas las cuestiones alegadas en el motivo está mas que en la falta de motivación o de congruencia en su disconformidad con una condena que no tiene más fundamento que el incumplimiento del contrato en la misma forma y por la misma causa (diferencias con lo proyectado), salvo el distinto objeto, a que fue condenado en la sentencia de 1ª instancia, que ella misma consintió, lo que pone de manifiesto el carácter indudablemente artificioso del recurso.

TERCERO.- En el motivo segundo se alega la infracción de los *artículos 316, 319 apartado 1º y 326 LEC* por vulneración de las normas sobre valoración de la prueba, estimando la parte recurrente que la valoración realizada es absurda arbitraria e ilógica.

Se desestima.

Con reiteración ha dicho esta Sala que la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los tribunales que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo la existencia de un error patente o arbitrariedad, o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, en tales casos, la valoración de la prueba 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 de 2009 ; 6 de noviembre de 2009 , 27 de octubre y 10 de noviembre de 2011). Y es evidente que la sentencia, entre otras cosas, tuvo en cuenta las condiciones administrativas, que excluye, y las exigencias contractuales para imponer las obras, y lo que se cuestiona en el motivo no es la prueba en si misma, pues a ninguna se refiere en su argumentación, sino al cumplimiento del contrato en cuanto le permitía realizar las modificaciones del proyecto por razones técnico constructivas que se pusieron de manifiesto después de haberse iniciado las obras.

CUARTO.- En el motivo tercero, se alega la infracción del *artículo 219 apartados 2º y 3º LEC* por vulneración de la prohibición de las sentencias con reserva de liquidación alegando la parte recurrente que se ha diferido a la fase de ejecución de sentencia cuestiones que debieron quedar ya resueltas en el proceso de declaración, al condenarse a realizar obras respecto a la cota de la zona ajardinada, en la parte dispositiva y en el Fundamento de Derecho Quinto afirmar la sentencia objeto de recurso que la cota de zona ajardinada es un problema que atañe a la ejecución de la sentencia la forma de cumplimiento de esa obligación.

El motivo hace una lectura inapropiada de la norma que cita. Lo que reclamó la parte no es una condena con reserva de liquidación, sino que se ejecutase *in natura* la obligación incumplida y reclamada, lo que habrá de llevarse a cabo durante la ejecución de la sentencia, lo cual solo se producirá cuando se realicen todas las obras necesarias para alcanzar aquel fin reparador.

RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO.- El primer motivo del recurso alega la infracción de los *artículos 1445, 1461, 1124 y 1166 del Código Civil* , a tenor de la jurisprudencia que los interpreta, alegado el recurrente que en el contrato se reservaba la facultad de realizar en el proyecto las modificaciones necesarias para adaptarlo a las exigencias jurídicas o técnico-constructivas, considerando que no hay incumplimiento del *artículo 1124 CC* . El motivo se analiza junto al segundo en el que se invoca la infracción de la doctrina jurisprudencial del "*aliud pro alio*", ya que en este caso la cosa no era inhábil para destinarlo al uso para el que se adquirió, sin que sea suficiente la existencia de meras diferencias con el proyecto inicial.

Ambos se desestiman.

Aunque el *Código Civil español (artículo. 1588)* no determina cuales sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna o la reducción del precio en proporción a dichos defectos o a pedir la nueva realización cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin (SSTS .27 de enero de 1992 ; 17 de diciembre 2002)

Afirma la sentencia de 16 de noviembre de 2000 que "es doctrina reiterada de esta Sala... la que declara que se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o "*aliud pro alio*" cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los *artículos 1101 y 1124 del Código Civil* " .

Respecto a la acción de cumplimiento, no la resolutoria, que ha sido ejercitada en la demanda por la entrega de una cosa que, por su inhabilidad, provoca una insatisfacción objetiva de alguno de los elementos incluidos en el contrato (piscina y la cota de zona ajardinada), el estudio se desplaza a concretar si estos defectos constituyen un incumplimiento por parte de la constructora-promotora, como así lo declara la sentencia, desde la idea de que se han modificado las condiciones del proyecto en virtud de causas diligentemente previsibles en el momento de proyectarse el conjunto y ello es determinante de un incumplimiento sustancial del contrato que legitima el ejercicio de la acción de cumplimiento fundada en el *artículo 1124 CC* , pues ambos casos comportan la falta de satisfacción de la comunidad demandante, que se ve privada sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, y no cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación en la forma proyectada y publicitada de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida.

SEXTO.- Se desestiman ambos recursos y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los *artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos por infracción procesal y de casación formulados por el procurador don Alfredo Gross Leiva, en la representación que acredita de la mercantil PROMOSUITE, SL contra la sentencia dictada por la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de enero de 2008 , con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios .Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas.Roman Garcia Varela Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.