

Id Cendoj: 28079110012006100647
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4757/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ALMAGRO NOSETE
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Letra de cambio en poder del librado: presunción de pago con carácter "iuris tantum", susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario. Necesidad de que los pagos efectuados por la dueña de la obra obedezcan efectivamente a la necesidad de finalización de la obra y subsanación de deficiencias constructivas. Indemnización de daños y perjuicios: prueba de los mismos. Introducción de cuestión nueva.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil seis.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granada, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por D^a. Angelina , representada por el Procurador de los tribunales D. Antonio Angel Sánchez Jáuregui.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Granada, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía nº 642/1997 , promovidos a instancia de la entidad "CONSTRUCCIONES J.T.R., S.L." contra D^a. Angelina , sobre reclamación de cantidad por ejecución de obras impagadas.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se condene a la demandada a pagar el importe de 7.638.708 pesetas, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, así como al pago de las costas.

Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia donde se acordara desestimar íntegramente la demanda, y formuló reconvenición por la cantidad de 2.938.477 pesetas que el actor Construcciones JTR debe a la parte, con independencia de los daños y perjuicios que se han ocasionado, y que prudencialmente se valoran en 5.000.000 de pesetas, por lo que debe condenarse al reconvenido a su pago, con imposición de las costas del procedimiento.

La parte actora principal contestó a la reconvenición, solicitando se dictara sentencia absolutoria.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 23 de junio de 1998 , en la que estimando en parte la demanda y la reconvenición, cuya parte dispositiva es como sigue: "Condeno a doña Angelina a pagar la cantidad de tres millones setecientos mil diecisiete (3.713.017.-) pesetas, intereses a partir de esta resolución y cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por Doña Angelina , que fue admitido y, sustanciada la alzada, al nº de rollo 904/98, la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 1999 , cuyo fallo es como sigue: "Se desestima el recurso de apelación planteado contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Núm. Seis, de los

de Granada, en autos de Menor Cuantía Núm. 642/97 , de los que el presente Rollo dimana, que se confirma en todos sus extremos, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante".

TERCERO.- El Procurador D. Antonio Ángel Sánchez Jáuregui, en nombre y representación de Doña Angelina , formalizó recurso de casación, que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del *nº 4º del artículo 1692 LEC* , consistente en la infracción, por no aplicación de las normas del Ordenamiento Jurídico, contenidas en los *Arts. 1250 del Código Civil en relación con el Art. 45 de la Ley Cambiaria y del Cheque*. Segundo.- Al amparo, asimismo, del *Art. 1692 LEC* , consistente en la infracción, por no aplicación de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en el *Art. 1.225 en relación con el Art. 1.218 párrafo 2º, ambos del Código Civil* .

Tercero.- Al amparo del *nº 4º del Art. 1692 LEC* , consistente en la infracción, por no aplicación, de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en el *Art. 1101 y 1152 del Código Civil* .

CUARTO.- Admitido el recurso, y no estando personada la parte contraria, no habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de junio de 2006, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se ampara en la infracción, por no aplicación, del *artículo 1250 del Código Civil, en relación con el artículo 45 de la Ley de Cambiaria* .

En el *artículo 45 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque* , se establece la presunción de haber sido pagada la letra que, después de su vencimiento, se hallare en poder del librado o del domiciliatario, alegando la parte recurrente que tal presunción ha de aplicarse al pago de una letra de cambio por importe de 2.900.000 pesetas y fecha de vencimiento 10 de diciembre de 1996 (en el motivo se dice, por error, que su vencimiento era el 10 de diciembre de 1994), que al entenderse pagada incrementaría el total de lo satisfecho a la entidad constructora demandante reconvenida por las obras que realizó para la parte recurrente (demandada reconviniente).

Ahora bien, hay que considerar que la presunción que establece el citado *artículo 45 de la Ley Cambiaria* tiene carácter "uris tantum" (STS 4 de noviembre de 1991, recurso nº 2223/1989), y por ende admite prueba en contrario. En la Sentencia de Primera Instancia, a cuya motivación se remite la Sentencia de apelación, el Juzgador, valorando la prueba practicada, entiende desvirtuada tal presunción, y concluye que dicha letra no fue pagada en efectivo, destacando en su fundamentación, en cuanto al pretendido pago de la letra, las contradicciones de la demandada entre lo alegado en la contestación a la demanda y lo depuesto en la prueba de confesión judicial, pero no sólo ello, como se aduce por la parte recurrente, sino también que no acredita en modo alguno la realidad de tal pago de cerca de tres millones de pesetas, cuando hasta entonces y después los pagos fueron realizados a través de banco, destacando otras relevantes circunstancias y coincidencias de fechas que en su conjunto han sido estimados prueba suficiente para desvirtuar la presunción de pago, no correspondiendo a esta Sala efectuar una nueva e íntegra revisión de la prueba como si la casación fuera una tercera instancia, debiendo destacarse que los razonamientos empleados no han obedecido a un ilógico entendimiento de las cosas, ni puedan tacharse de arbitrarios o absurdos, por todo lo cual el motivo decae.

SEGUNDO.- El segundo motivo se ampara en la infracción por no aplicación de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en el *Art. 1225 en relación con el Art. 1218, párrafo segundo, del Código Civil* .

Alega la recurrente, en base a tales preceptos, que se ha incurrido en error en la valoración de la prueba porque la estipulación octava, apartado c), del contrato de arrendamiento de obra de 9 de agosto de 1996, como documento suscrito por ambas partes y aportado con sus escritos de demanda y contestación, y, por tanto, documento privado reconocido por las partes litigantes, establece que el contratista responderá de la diferencia de precios entre el que se ha convenido para la ejecución de las obras y en el que se adjudiquen a un nuevo contratista por cualquier medio, y que a pesar de ello en la Sentencia de Primera instancia, a cuyos razonamientos remite la de apelación, se establece un criterio distinto, al afirmarse que lo que no cabe es cargar sobre la constructora el pago de todos los gastos efectuados por la propiedad para conseguir la finalización de la obra.

Conviene señalar que en la Sentencia dictada en la apelación se puso de relieve la dificultad, dados los respectivos planteamientos de las partes en litigio, de llegar a fijar una cifra concreta, tanto por lo que se refiere a la demanda como a la reconvencción, destacando la Sala "a quo" que el Juzgador de Instancia hizo un completo y exhaustivo análisis de todas y cada una de las partidas de mutua reclamación, que tal Sala siguió los razonamientos y cálculos del mismo, y que se encontraban perfectamente ajustados a la realidad obrante en las actuaciones, sin que la parte apelante, ahora recurrente, hubiera podido desvirtuarlos.

Pues bien, el confusionismo en el planteamiento inicial se mantiene en esta sede casacional. Ha de notarse que en la contestación a la demanda se indicaba, justamente a continuación de la cita de la estipulación Octava, letra c) del contrato de arrendamiento de obra de 9 de agosto de 1996, que por no haberse efectuado las obras a cuya terminación se instó a la entidad constructora reconvenida se tuvo que requerir los servicios de otro profesional para la terminación de la obra, que a la sazón fue la mercantil "Land-Granada S.L.", cuya ejecución costó la cantidad de 1.276.500 pesetas. No obstante, en otro apartado se hacía relación a una multiplicidad de pagos por muy diversos conceptos que se entendía por la demandada debían imputarse a Construcciones JTR. Finalmente, se concretaba la reconvencción en el importe de 2.938.477 pesetas. En el presente motivo se alega que el importe de las facturas pagadas por la recurrente asciende a 3.205.477 pesetas, remitiéndose a un informe de parte obrante al folio 177 de las actuaciones, más otras 370.079,96 (sic) pesetas, que, se alega, el perito judicial señala por el valor de las obras no ejecutadas, por lo que incrementa el total a 3.575.556 pesetas.

Las dificultades para concretar las cifras mutuamente reclamadas y su encaje en el proyecto de obra contratada fueron notables desde un principio, pues era necesario determinar qué obra fue la que se ejecutó, lo que se dejó sin realizar, o se realizó deficientemente, lo que se ejecutó por la constructora fuera de proyecto de acuerdo con la demandada, y si los pagos que ésta realizó se correspondían a obligaciones asumidas por la Constructora demandante. Y con tal objeto, se practicó prueba pericial a cargo de perito insaculado arquitecto superior, cuya imparcialidad y ajenidad a los intereses de parte no ha sido cuestionada, en la que se dictaminó, en primer lugar, a instancia de la demandante principal, acerca de si las obras que aparecen en el proyecto constructivo y memoria han sido realizadas en su totalidad y correctamente, si las obras a que se refiere el documento nº 5 de los acompañados a la demanda están fuera de proyecto, si se han ejecutado y su valoración; en segundo lugar, a instancia de la demandada reconviniente se dictaminó, por una parte, sobre deficiencias y obras no ejecutadas y su valoración, tomando como base el informe del arquitecto director de la obra emitido con fecha 3 de enero de 1997, que dirigió a la constructora para que completara y subsanara las obras, y el documento nº 4 de los acompañados a la contestación a la demanda, consistente en factura de obra de la entidad "Land-Granada S.L." por importe de 1.276.500 pesetas; y, por otra parte, como segundo aspecto de los dictaminados a preguntas de la demandada reconviniente, se informó sobre descripción de las obras ejecutadas deficientemente que supongan un menoscabo en la calidad de la obra y que no se acometerían en el momento por el retraso y perjuicio económico que ello supone.

Respecto al primero de los aspectos o preguntas dirigidas por la demandada reconviniente al perito, es decir el de la valoración de las deficiencias y obras no ejecutadas, el perito hizo una relación de las mismas, siguiendo los veintidós puntos del informe del arquitecto director de la obra, y procedió a su valoración, acudiendo a diversos elementos de juicio para proceder a ésta, entre ellos la factura de "Land-Granada S.L.", diversas partidas del proyecto, así como otros documentos de los autos y sus propias estimaciones como profesional de la arquitectura, valorando en 1.193.542,20 pesetas las sumas de los conceptos contenidos en estos 22 apartados. En cuanto al segundo aspecto, obras ejecutadas deficientemente que supongan un menoscabo en la calidad de la obra y que no se acometerían en el momento por el retraso y perjuicio económico que ello supone, fueron relacionadas en el dictamen y valoradas en 370.079,96 pesetas, de modo que sumando el valor de las obras no ejecutadas (1.193.542,20 pesetas) y el valor de las ejecutadas deficientemente (370.079,96 pesetas) se dictaminó que la suma adeudada en tales conceptos por el contratista al promotor es de 1.563.623,16 pesetas. Dicho informe pericial fue ratificado a presencia judicial y de las partes, sin que se solicitara ninguna aclaración.

Este importe (1.563.623,16 pesetas), que supera la cantidad que se abonó a "Land-Granada S.L.", fue considerado en su integridad en las instancias como correspondiente a la obra no realizada y a la deficientemente ejecutada por la constructora, y tenido en cuenta para efectuar el cálculo correspondiente sobre lo mutuamente reclamado.

Lo que no puede pretenderse por la ahora recurrente - y a tal aspecto, interpretando la Sentencia en su conjunto, entiendo la Sala que se quiso referir el Juzgador de instancia cuando censuró que se hubiera de cargar sobre la constructora el pago de todos los gastos efectuados por la propiedad para conseguir la finalización de la obra, porque lo cierto es que se tuvo en cuenta el coste de la finalización de la obra en la

medida en que así se dictaminó pericialmente, se tuvo por probado, y, consecuentemente, se imputó a la constructora -, es que al socaire de lo estipulado en la cláusula 8ª, apartado c), del contrato de arrendamiento de obra, la demandada pueda realizar cualquier gasto, y hayan de ser indiscriminadamente satisfechos todos y cada unos los pagos que haya efectuado y que de uno u otro modo guarden relación con las obras que realizó en su vivienda, pues únicamente incumbe a la constructora asumir aquellos gastos que esté probado correspondan a la falta de obra por ejecutar o a la deficientemente realizada, a la vista del proyecto constructivo, de las calidades previstas en el mismo, y de lo informado por el arquitecto superior de la obra, aunque fueran superiores a los presupuestados al contratar la obra, y a tal efecto, y para tal determinación, se practicó el dictamen pericial, sin que la parte recurrente solicitara aclaración, ampliación o consideración alguna acerca de los pagos que afirma realizados y su correspondencia con las obras no ejecutadas o hechas deficientemente y las calidades que habían de tener. A mayor abundamiento, se ha de significar el hecho de la significativa diferencia entre lo que el perito judicial ha dictaminado como valor por tales conceptos (1.563.623,16 pesetas), y lo que por los mismos reclama la recurrente (3.575.556 pesetas), que excede del doble, siendo así que las facturas acompañadas son de época prácticamente simultánea o inmediatamente posterior a la de finalización de la obra, por lo que el efecto del coste de la vida no podía tener incidencia, por no haber transcurrido tiempo para ello, y no podía traducirse en semejante diferencia de precio. Téngase presente, finalmente, que la valoración de la prueba pericial, cuyas conclusiones han sido aceptadas en las instancias, no ha sido objeto de impugnación.

Consecuentemente, el motivo decae.

TERCERO.- En el tercer motivo se denuncia la infracción, por no aplicación, de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en el *artículo 1101 y 1152 del Código Civil*.

Alega la recurrente que la Sentencia recurrida da por probado que no se terminó la obra objeto del contrato y que además parte de ella estaba mal ejecutada, por lo que se hace evidente la aplicación de lo establecido en el *Art. 1101 del Código Civil*.

Como se declara en Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2000, es doctrina jurisprudencial consolidada la que establece que la instancia es soberana para apreciar, según el resultado de las pruebas, la existencia de daños y perjuicios derivados de la aplicación del *artículo 1101 del Código Civil*, así como la cuantía de los mismos o las bases para su fijación en posterior trámite de ejecución (SS. de 12 de febrero de 1976, 22 de junio de 1989, 20 de marzo de 1990 y 13 de abril de 1992, entre otras). La Sala "a quo" pone de manifiesto que no se ha desplegado actividad probatoria alguna dirigida a acreditar la existencia de daños y perjuicios, que "prudencialmente", y sin ninguna otra consideración, se valoraron en 5.000.000 de pesetas en la reconvención, o al menos a sentar las bases para su determinación, siendo tal probanza exigible, como se declara en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, SS de 26 de julio de 2001, 30 de abril de 2002 y 10 de julio de 2003).

Por otra parte, se argumenta que en la Sentencia recurrida la existencia de una cláusula penal establecida por las partes en el contrato de arrendamiento de obra, en cuyas estipulaciones Cuarta párrafo tercero y Octava, se disponía que en caso de retraso o incumplimiento se impondría la sanción al contratista como indemnización del perjuicio ocasionado consistente en la pérdida de la fianza definitiva, que según se deduce de la estipulación Décima consistía en el 5% del precio del contrato, es decir, 510.000 pesetas. Sin embargo, la existencia de cláusula penal no fue alegada en los escritos rectores del procedimiento, y en concreto ni en la contestación a la demanda ni en la reconvención, y por lo tanto tiene el carácter de cuestión nueva, cuyo planteamiento queda totalmente prohibido en casación al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate, pues tal como dice la sentencia de 21 de abril de 2003, "las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuestas en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia - sentencias por todas, de 5 de junio y 20 de noviembre de 1990, 3 de abril, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo, 14 de junio, 31 de julio y 4 de diciembre de 2000, 12 de febrero, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, entre otras muchas".

Por todo lo cual, el motivo ha de sucumbir.

CUARTO.- La desestimación de todos los motivos origina la declaración de no haber lugar al recurso con imposición de las costas causadas, con pérdida del depósito constituido (*artículo 1.715 de la Ley de*

Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Angelina , contra la sentencia de fecha 30 de julio de mil novecientos noventa y nueve dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, en autos, juicio de menor cuantía número 642/1997 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granada , con imposición al recurrente de las costas causadas en el presente recurso y pérdida del depósito constituido; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- ANTONIO SALAS CARCELLER.- JOSE ALMAGRO NOSETE.- RUBRICADOS. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.