

EDJ 2008/293664

AP Barcelona, sec. 13ª, S 17-10-2008, nº 566/2008, rec. 73/2007

Pte: Utrillas Carbonell, Fernando

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATO DE OBRA

INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

Obra no ajustada

PAGO DEL PRECIO

Falta de pago

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

DE ACCIONES PERSONALES

Plazo general de quince años

RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

APLICACIÓN DEL ART. 1124 CC

Requisitos

RESPONSABILIDAD DECENAL

RUINA FUNCIONAL

Inutilidad para el fin propuesto

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.217, art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Dª Carme Solé Esteve, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES JAMALE SL, contra D. Augusto , representado por la Procuradora Dª Montserrat López Llinás; y, en su consecuencia, debo condenar y condeno al demandado a abonar a la actora la cantidad de DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON DIEZ Y OCHO CÉNTIMOS (16.671,18 euros), más los intereses legales que devengue la citada cantidad desde el día 30 de julio de 2004 hasta la fecha de la presente resolución, y desde ésta y hasta su completo pago, el interés legal incrementado en dos puntos. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento de las costas procesales devengadas a causa de la demanda principal.

Que debo desestimar y desestimo la demanda reconvenional formulada por la Procuradora Dª Montserrat López Llinás, en nombre y representación de D. Augusto , contra CONSTRUCCIONES JAMALE SL, representada por la Procuradora Dª Carme Solé Esteve; y, en su consecuencia, debo absolver y absuelvo a la demandante reconvenida de todos los pedimentos efectuados en su contra. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas con motivo de la demanda reconvenional a la demandada reconviniente."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora y demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 14 de octubre de 2008.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado FERNANDO UTRILLAS CARBONELL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercitada por la demandante "Construcciones Jamale,S.L.", con fundamento en las normas generales de las obligaciones y contratos, y los artículos 1544, y 1588 y ss del Código Civil EDL 1889/1 , acción de reclamación de la cantidad de 46.997'13 €, correspondiente a la parte del precio pendiente de pago de la obra de construcción de una vivienda unifamiliar en la C/I de la urbanización Jardí Bonanova, de Calafell, concertada con el demandado D. Augusto , opone el demandado la existencia de un presupuesto a tanto alzado por importe inferior al que se reclama.

Centrada así la cuestión discutida, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2002; ,entre las más recientes),que el ajuste alzado o presupuesto inicial no es un elemento esencial del contrato de obra, sino una de sus modalidades posibles, prevista en el artículo 1593 del Código Civil EDL 1889/1 , sin que, por otro lado, (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2004; ,entre las más recientes), tampoco pueda entenderse que el referido precepto contenga una norma de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad de las partes, de modo que incluso el contrato de obra a tanto alzado puede modificarse introduciendo alteraciones o aumentos de precio.

En este sentido, siguiendo con la doctrina expuesta, es posible que por la confianza entre las partes al encargarse la obra o su ampliación, se prescindiera totalmente de documentar la obligación y, surgido el conflicto en el momento del pago por el comitente, sea preciso determinar el valor de la obra efectivamente realizada acudiendo a una valoración conjunta de pruebas como la pericial o la testifical (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2000, 29 de octubre y 3 de diciembre de 2001; ,8135/2001, y 9924/2001).

Igualmente, de acuerdo con el artículo 1593 del Código Civil EDL 1889/1 , aún habiendo presupuesto, el contratista puede pedir aumento del precio cuando se haya producido aumento de obra, dependiendo en este caso el éxito de la reclamación del contratista, según doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1991),de que por el contratista se pruebe tanto que las obras han sido efectivamente realizadas, como que las mismas no se encontraban en el proyecto o presupuesto concertado, y que fueron realizadas con la autorización del dueño de la obra.

En cuanto al consentimiento de la comitente, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990,10 de junio de 1992 , y las que en ellas se citan), que la autorización del dueño para las innovaciones, no requiere constancia en forma determinada, al ser suficiente la verbal, e incluso la tácita, pudiendo llegar a presumirse de haberse realizado las obras en exceso sin oponerse a ellas.

En este caso, resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, y la declaración del testigo Sr. Sebastián , Arquitecto, encargado del proyecto y de la dirección de la obra, que el único presupuesto de Construcciones Jamale,S.L.", que aparece aceptado por el demandado, es el presupuesto núm. 690, de 20 de octubre de 2001 (doc 1 de la contestación), en el que se fijó el tanto alzado de 13.615.295 pesetas, para la construcción del chalet unifamiliar y el garaje, que es lo que construyó la actora, por no haber intervenido la demandante en la construcción de la piscina, que fue encargada a terceros, habiéndose elaborado el presupuesto de 20 de octubre de 2001, teniendo en cuenta el anteproyecto y el estado de mediciones del Arquitecto, y que son idénticos al Proyecto Básico y de Ejecución posterior, con visado de 12 de febrero de 2002, por lo que cualquier error en el cálculo que pudiera haber en el presupuesto es únicamente imputable a la constructora, por lo que no procede la reclamación por el pretendido aumento de obra en 21 metros cuadrados, por cuanto la obra ejecutada, en cuanto a su superficie, es la misma que se encontraba proyectada, y con arreglo a la cual debió hacerse el cálculo del precio de la construcción.

Por otro lado, resulta igualmente de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, la declaración del testigo Sr. Gonzalo , y la ausencia de prueba en contrario, que las obras presupuestadas se ejecutaron sustancialmente con arreglo al presupuesto.

No puede estimarse claramente probado por el demandado, a quien correspondía hacerlo, como hecho positivo y extintivo, de acuerdo con la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , que el presupuesto incluyera también la construcción del muro de cerramiento o valla perimetral de la parcela, por no indicarlo expresamente el presupuesto de 20 de octubre de 2001 (doc 1 de la contestación), siendo así que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1283 del Código Civil EDL 1889/1 , cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no pueden entenderse comprendidos en él cosas distintas de aquellas sobre que los interesados se propusieron contratar. Por lo demás no hay constancia de ninguna queja del demandado. Y resulta coherente que la construcción del muro se hiciera después de la construcción de la piscina, a partir de mayo de 2003, después del certificado final de obra de 15 de abril de 2003, que se entiende que no se hubiera emitido si quedara pendiente una partida tan importante, siendo la factura de construcción del muro de "Adrijor,S.L." de 25 de agosto de 2003 (doc 9 de la contestación).

Tampoco pueden estimarse claramente probadas las demás faltas que se denuncian en la contestación, por cuanto las facturas de "Ralú Excavaciones,SCP", de 30 de abril de 2003, y 31 de octubre de 2004, y de "Transportes R.Maza", de 31 de octubre de 2004 (docs 12, 13, y 14 de la contestación), según resulta de su contenido y la testifical del Sr. Lucio , se refieren a excavaciones para la piscina, y en el exterior de la casa, que no estaban incluidas en el presupuesto.

Y las facturas de "Biosca", de junio, julio, y agosto de 2003 (docs 16, 17, y 18 de la contestación), posteriores al certificado final de obra de 15 de abril de 2003, tampoco consta claramente que estén referidas a la reparación de faltas o defectos en la construcción. En cuanto al presupuesto de "Biosca" de 23 de noviembre de 2002 (doc 19 de la demanda), se trata de un mero presupuesto, cuyo contenido no coincide con el de las facturas aportadas, no habiendo constancia de que el demandado haya tenido que pagar alguna factura por estos conceptos.

Únicamente es posible alcanzar la conclusión probatoria de la falta que se denuncia en relación con la puerta corredera que, según resulta del interrogatorio del legal representante de la demandante, la declaración del testigo Sr. Sebastián , y el informe del perito

Sr. Carlos María , de 24 de marzo de 2005 (doc 1 de la reconvencción), ratificado en el acto del juicio, no se instaló, procediendo la reducción de la cantidad reclamada en el importe de la factura de "J.Vidal Fustería de 3 de diciembre de 2004, por importe de 767'25 € (doc 11 de la demanda).

Por lo tanto el importe de la obra presupuestada queda en la cantidad de 13.615.295 pesetas, más IVA al 7%, en total 14.568.365 pesetas, equivalentes a 87.557'64 €, habiendo conformidad en cuanto al pago a cuenta de 80.000 €, que reduce la deuda a 7.557'07 €, de la que debe restarse el importe de la puerta corredera de 767'25 €, quedando la cantidad adeudada en 6.789'82 €, por lo que procede la estimación parcial de la apelación del demandado.

En cuanto a los extras, resulta de la prueba documental, la testifical, y la ausencia de prueba relevante en contrario, que se ejecutaron obras fuera de presupuesto por importe conjunto de 21.830'95, cantidad a la que debe añadirse el IVA al 7% que no se sumó en la sentencia de primera instancia, quedando en conjunto en la cantidad de 23.359 '12 €, habiendo conformidad en cuanto al pago a cuenta de 12.715'84 €, que reduce la deuda a 10.643'28 €, por lo que procede la estimación parcial del recurso de apelación de la demandante.

En consecuencia la cantidad adeudada por el tanto alzado presupuestado, más los extras, asciende a la cantidad de 17.433'10 € (6.789'82 + 10.643'28).

SEGUNDO.- Opone además el demandado el incumplimiento de la actora, alegando que presentaban importantes defectos los trabajos ejecutados por la demandante, formulando el demandado reconvencción, con fundamento en las normas generales de las obligaciones y contratos, y los artículos 1544 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1 , en reclamación de la cantidad de 8.400 € en concepto de resarcimiento de daños, a lo que opuso la actora la prescripción de la acción con fundamento en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación EDL 1999/63355 .

Centrada así la cuestión discutida, ha venido siendo doctrina constante, uniforme, y reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1993, 27 de junio de 1994, 21 de marzo y 24 de septiembre de 1996, 19 de mayo y 8 de junio de 1998, 27 de enero de 1999, y 2 de octubre de 2003; 6505/1994, 4279/1998, 7/1999, y 6451/2003), la que admite la compatibilidad de la acción por ruina funcional del artículo 1591 del Código Civil EDL 1889/1 , con las de cumplimiento o resolución del contrato del artículo 1124 del Código Civil EDL 1889/1 , o de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del artículo 1101 del Código Civil EDL 1889/1 , de tal modo que el perjudicado legitimado puede optar por la acción que considere mas conveniente a sus intereses, pues en ningún precepto legal se exige plantear una con carácter preferente a otra.

En la actualidad, también el artículo 17,1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación EDL 1999/63355 , admite que la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación se entiende sin perjuicio de las responsabilidades contractuales.

En concreto, en relación con el constructor, confluyen las responsabilidades derivadas de su doble condición de constructor, y por lo tanto responsable de los vicios constructivos, con fundamento en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación EDL 1999/63355 ; y de contratista que es parte en el contrato de obra concertado con su comitente, obligado a la ejecución de la obra conforme a lo pactado, y en consecuencia responsable de su incumplimiento, con arreglo a las normas generales de las obligaciones y contratos, y en concreto los artículos 1101 y 1124 del Código Civil EDL 1889/1 , por lo que, al margen de la responsabilidad que la Ley 38/1999 EDL 1999/63355 sanciona, y que es exigible por el propietario y los terceros adquirentes de la edificación, corresponde al constructor aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como contratista le corresponde.

De modo que en este caso en el ejercita la acción de responsabilidad contractual del comitente contra el contratista, en base al contrato de obra concertado entre ambos, la acción ejercitada, con fundamento en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil EDL 1889/1 , por incumplimiento del contrato de obra, se encuentra sometida al plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 del Código Civil EDL 1889/1 , computados desde que la acción pudo ejercitarse, de acuerdo con el artículo 1969 del Código Civil EDL 1889/1 , que en este caso es la fecha del certificado final de obra, de 15 de abril de 2003, por lo que la acción no se encontraba prescrita en el momento del ejercicio de la reconvencción.

Ahora bien, sentado lo que antecede, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1995, 22 de octubre de 1996, 13 de mayo de 1997, y 29 de diciembre de 2004; 3416/1995, 7236/1996, 3842/1997, y 988/2004) que la indemnización por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato requiere la constancia de la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos, correspondiendo al demandante, en este caso el actor reconvenccional, la carga de la prueba de los daños y perjuicios, de acuerdo con la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , como hecho positivo y constitutivo de su pretensión de resarcimiento.

Sólo se admite dispensa o relajación de la exigencia y del rigor de la prueba de la existencia de los daños en muy específicos supuestos, como son los casos en los que la existencia de los daños se deduce fatal y necesariamente del incumplimiento, o en que son consecuencia forzosa, natural, o inevitable, o se trata de daños incontrovertibles, evidentes, o patentes (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001, y 23 de marzo de 2007; , y 2317/2007), lo que no ocurre en el presente supuesto.

En este caso, la única prueba propuesta por el actor reconvenccional, en relación con la pretendida existencia de los daños materiales por los que reclama, ha consistido en el informe del perito Arquitecto Técnico D. Carlos María , de 24 de marzo de 2005 (doc 1 de la reconvencción), que no ha sido adverbado por ninguna otra prueba o indicio objetivo de la existencia de los daños que se relacionan en el informe, no habiendo tampoco una motivación razonada de los cálculos realizados por el perito para alcanzar la cifra de 8.400 € que se menciona en su informe, no habiendo ofrecido tampoco una explicación satisfactoria en el acto del juicio.

En concreto hace referencia el informe a:

1.- una diferencia de medida de la puerta del garaje, que no consta claramente que constituya un defecto relevante, no habiendo constancia de que haya provocado ninguna queja del demandado, o de que se haya cambiado o reparado, generando cualquier gasto que haya tenido que soportar el demandado.

2.-unas piezas del pavés del vidrio del baño de la planta superior que no están bien rejuntados, por lo que se trata de una mera cuestión de acabados, que no consta que se hayan reclamado a la constructora después de la terminación de las obras.

3.- unos desperfectos en la valla del vecino, que no se concretan, y que tampoco consta claramente que sean imputables al demandante, por haber entrado en la parcela otras empresas distintas para la construcción de la piscina y la valla perimetral, no habiendo constancia de las reclamaciones del vecino, o del pago de ninguna reparación por el demandado por este concepto.

4.- la falta de pago por la constructora de alguna factura de algún industrial, en concreto "Biosca", lo cual en todo caso pertenece a la relación entre la constructora y sus proveedores, resultando en cualquier caso del informe de "Biosca", de 29 de noviembre de 2005 (doc 5 de la contestación a la reconvencción), que la demandante está al corriente en el pago de las facturas.

5.- la puerta corredera, que ya se ha tenido en cuenta en el fundamento anterior para rebajar el precio de los trabajos presupuestados, y

6.- defectos en la instalación de fontanería, y en la instalación eléctrica, que tampoco consta que hayan generado ninguna queja del demandado, quien no consta que haya contratado con terceros su reparación generándole cualquier gasto.

Por lo tanto, los defectos expuestos, o bien son meras deficiencias pendientes de la terminación o acabado de los trabajos, o bien se trata de deficiencias que no son claramente imputables a la demandante, por lo que no es posible apreciar la existencia de los daños que se denuncian procediendo la desestimación del motivo de la apelación del actor reconvenccional, manteniendo por consiguiente, aunque por distintos razonamientos el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia de desestimación de la reconvencción.

TERCERO.- De acuerdo con el artículo 398,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , siendo la resolución parcialmente estimatoria de la apelación de la demandante, y del demandado, no procede hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia.

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación de la demandante "Construcciones Jamale,S.L.",y ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación del demandado D. Augusto , se REVOCA PARCIALMENTE la Sentencia de 28 de junio de 2006 , acordando ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda, condenando al demandado a pagar a la actora la cantidad de DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (17.433'10 €), manteniendo los demás pronunciamientos de la resolución recurrida, sin expresa imposición de las costas de la apelación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370132008100596